Gewährleistung für Rechtsmängel und Gefahrübergang beim Kauf beweglicher Sachen

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

LOTHAR VOGT

aus Ludwigsburg

1968

Offsetdruckerei Kurt Urlaub, Bamberg

9649

Gewährleistung für Rechtsmängel und Gefahrübergang beim Kauf beweglicher Sachen

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

LOTHAR VOGT

aus Ludwigsburg

1968

Offsetdruckerei Kurt Urlaub, Bamberg

Dekan: Professor Dr. Karl Peters

1. Berichterstatter: Professor Dr. Dieter Medicus

2. Berichterstatter: Privatdozent Dr. Dietrich Rothoeft

Tag der mündlichen Prüfung: 8. Juli 1968

Die Arbeit wurde am 6.11.1959 der Rechtswissenschaftlichen Abteilung eingereicht und gem. § 13 Abs. 1 PromO zunächst Herrn Prof. Dr. Erbe zur Erstberichterstattung zugewiesen. Die Beurteilung der Arbeit richtet sich nach dem Stand der Wissenschaft im Zeitpunkt der Einreichung. Der Abschnitt C wurde im Frühjahr 1967 nachgetragen und berücksichtigt die zwischenzeitliche wissenschaftliche Entwicklung.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Inhalt

	Seite
Literaturverzeichnis	1
Einleitung	14
A) Die Gefahrtragung beim Kauf beweglicher Sachen	
§ 1 Der Begriff der Gefahrtragung	15
§ 2 Der Gefahrübergang nach § 323 BGB	19
§ 3 Geschichtlicher Überblick	21
§ 4 Die Auffassung des Gesetzgebers zu §§ 323, 446 BGB	26
§ 5 Besitz- und Eigentumsverschaffungstheorie	28
§ 6 Der Gefahrübergang beim Vorhandensein von Sachmängeln	32
B) Die Gewährleistung für Rechtsmängel nach dem zufälligen Untergang der Sache	
§ 7 Die Ansprüche des Käufers bei rechtsmangelhafter Lieferung	37
1.) Der Einfluß von § 327 BGB auf das Rücktrittsrecht des Käufers	38
2.) Das Verhältnis von Rechtsmängelhaftung und Gefahrübergang	40
§ 8 Das Rücktrittsrecht des Käufers	42
1.) Die Ausgestaltung des § 350 BGB durch Lehre und Rechtsprechung	43
2.) Versuche einer weitergehenden Beschränkung des Rücktrittsrechts	46
3.) Der Umfang der Rückgewähransprüche	50
4.) Die Auswirkungen des Rücktrittsrechts auf die Gefahrtragung	52
§ 9 Das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB	55
§ 10 Der Schadensersatzanspruch nach § 440 Abs. 2 BGB	58
1.) Der Umfang des auszugleichenden Schadens	60
2.) Einheitliche Auslegung des Gesetzeswortlauts	64
3.) Das Verhältnis zu § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB	66
4.) § 440 Abs. 2 BGB als Anspruchsnorm	70

Seite

5.) Von der Rückgewähr unabhängige Ansprüche des Käufers 75

§ 11 Das mangelnde Interesse an der Teilleistung des Verkäufers 77

C) Überprüfung der Rechtsbeziehungen der Beteiligten

§ 12 Der Interessenausgleich zwischen Verkäufer und Käufer 81

§ 13 Die Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und Käufer 87

§ 14 Die Ansprüche des Eigentümers gegen den gutgläubigen Verkäufer 95

1.) Ansprüche des Eigentümers vor dem Untergang der Sache 96

2.) Die Genehmigung der Verfügung des Verkäufers nach dem Untergang der Sache 100

a) Die Genehmigungsbefugnis nach den §§ 184, 185 BGB 100

b) Die Genehmigungsbefugnis im Rahmen des § 816 BGB 104

3.) Die Rechtsfolgen der Genehmigung 105

D) Sonderfälle

§ 15 Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt 110

§ 16 Die Traditionssurrogate 115

§ 17 Der Annahmeverzug 119

§ 18 Der Gattungskauf 121

Zusammenfassung 125

Literaturverzeichnis

Achilles - Greiff, Bürgerliches Gesetzbuch mit Erläuterungen, 19. Aufl. 1949.

Adler, Kaufrechtliche Untersuchungen, Grünhuts Ztschr. 39, 511.

" Der Übergang der Gefahr beim Handelskauf, ZHR 72, 388.

" Beiträge zum Recht der Gewährleistung, ZHR 75, 453.

" Zum Rechte des Termingeschäftes, AfBR 17, 132.

Atzler, Der Gefahrübergang beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Königsberg 1919.

Bähr, Rezension zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. KritVJSchr. 30, 321.

Bätge, Gattungsschuld, Rvergl. Hwb. III, 622, 1932.

Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl. 1966.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, Bd. I 1876.

Behlau, Der Übergang der Gefahr beim Verkaufe mit Eigentumsvorbehalt, Diss. Erlangen 1913.

Berger, Das Zusammentreffen von Sachgefahr (§ 446 BGB), Beförderungsgefahr (§ 447 BGB) und der Gefahr im Sinne des § 323 beim Kauf beweglicher Sachen, Diss. Halle 1926.

Berndt, Die Gefahrtragung beim bedingten Kauf und beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt, Diss. Göttingen 1923.

Beseler, Das System des gemeinen deutschen Privatrechts, 1885.

Biermann, Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung, AcP 91, 73.

" Gefahrübergang beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt, Recht 1915, 158.

Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl. 1957.

Bode, Der Einfluß von Sachmängeln auf die Abnahmepflicht beim Kauf, Diss. Göttingen 1929.

Böhmer, Gustav, Schranken des Rücktrittsrechts des Käufers einer gestohlenen Sache, JZ 52, 521 und 588.

" Rechte und Pflichten des Käufers einer gestohlenen Sache, JZ 53, 392.

" Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 2.Abtlg. 1952.

Böttge, Die Gefahrtragung beim Mobiliarkauf im Falle der Übergabe der verkauften Sache durch die Traditionssurrogate der §§ 929 II, 930, 931 BGB, Diss. Köln 1930.

Brecht, System der Vertragshaftung (Unmöglichkeit der Leistung, Vertragsverletzung und Verzug), Jher Jb 53, 213.

Breit, Das Vinkulationsgeschäft, 1908.

Brodmann, Unmöglichkeit der Leistung und Unvermögen des Schuldners, Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts Bd. IV, II, 216, 1918.

Brox, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages beim Kauf, Rechtswissenschaftl. Arbeiten aus dem Justizprüfungsamt Köln, Heft 3, 1948.

Bunde, Die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers beweglicher Sachen im gemeinen, französischen und deutschen Recht, Diss. Halle 1933.

v. Caemmerer, Falschlieferung, Festschrift für Martin Wolff, S. 3, 1952.

" Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel, Bd. I 1954, S. 333.

" Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb, Festschrift für Boehmer 1954, S. 145.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 6. Aufl. 1913, 8. Aufl. 1927, bearbeitet von Mitteis.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1902.

Crüger, Muß der Käufer eine fehlerhafte Sache annehmen? Diss. Breslau 1931.

Cuno, Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden, Diss. Breslau 1901.

Dalcke, Studien im preussischen Grundbuchrecht, Gruch 17, 464.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 4. Aufl. 1896.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reiches und Preussens, 1. und 2. Aufl. 1899; 4. Aufl. 1915 (bearb. v. Raape).

" Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches, Bd. II 5. Aufl. 1897.

Dietrich, Der Gefahrübergang beim Kauf. Diss. Heidelberg 1908.

Dölle, Eigentumsanspruch und Ersatzherausgabe. Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. III 1929, S. 22.

Doster, Gefahrübergang beim Verkauf mangelhafter Ware. Diss. Tübingen 1953.

Düringer - Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. Kommentar 3. Aufl. 1932. Bd. IV §§ 355 - 367 erläutert von Breit. Bd. V Einleitung und §§ 373 - 382 erl. v. Hoeniger.

Eccius, Das Recht auf Eigentumsverschaffung beim Kauf. Gruch 50, 494.

" Besprechung von Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. Gruch 41, 883.

Eckhardt, Die Gefahrtragung beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt. Diss. Greifswald 1914.

Eisser, Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag in rechtsvergleichender Darstellung. Rechtsvergl. Abhandlungen IV. 1927.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1899.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse. 8. Aufl. 1903.

" Gefahr, Gefahrtragung, Hdb d RW II, 601, 1927.

Enneccerus - Kipp - Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I Allgemeiner Teil, bearbeitet von H. C. Nipperdey. 1. Halbb. 15. Bearb. 1959.

2. Halbbd. 14. Bearb. 1955, 15. Bearb. 1960. Bd. II Recht der Schuldverhältnisse, 6. Bearb. von Enneccerus 1914, 13. - 15. Bearb. von H. Lehmann, 1950, 1954, 1958. Bd. III Sachenrecht, 10. Bearb. von L. Raiser, 1957.

Erman, Handkommentar zum BGB 1. Aufl. 1952, 2. Aufl. 1958, 3. Aufl. 1962.

Esser, Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Aufl. 1949, 2. Aufl. 1960.

Fikentscher, Das Schuldrecht, 1965.

Fischer, Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre. Festschrift zum fünfzigjährigen Jubiläum Sr. Exc. des Staatsrates Dr. Julius von Amsberg am 17. Mai 1904, herausgegeben von der Rostocker Juristenfakultät, S. 9.

" Vis maior im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung, Jher Jb 37, 266.

" Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden, Jher Jb 51, 199.

Flume, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, Festschrift für Hans Niedermeyer (Bd. 10 der Göttinger Rechtswissenschaftlichen Studien), S. 103.

Förster - Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. I. 7. Aufl. 1896.

Froelich, Beitrag zur Lehre vom Gefahrübergang beim Kauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Erlangen 1906.

v. Gierke, Julius, Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf. ZHR 114, 73.

" Die Einheit des Rechts, ZHR 111, 39.

v. Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, Bd. III, 1927.

Goldmann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. III,1906.

Goldmann - Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt, Bd. I Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 1903.

Großmann - Doerth, Das Recht des Überseekaufs, 1930.

Hanke, Das Sonderrecht des Viehkaufs, 1910.

Harder,	Die überseeische Sammelsendung, 1923.
Hartzen,	Gefahrtragung beim Kauf für die Zeit des Schwebens einer Bedingung. Diss. Leipzig 1903.
Haymann,	Textkritische Studien zum römischen Obligationsrecht, II: Periculum est emptoris. SZ Rom.-Abteilung 41, 44.
"	Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf, 1913.
"	Haftung auf den Erlös aus Verfügung über fremdes Recht, LZ 1930, 682.
"	Zuwendung aus fremdem Vermögen, Jher Jb 77, 189.
"	Besprechung von Seidel: Die Anwendbarkeit des § 816 BGB auf nachträglich wirksam werdende Verfügungen, JW 1931, 1172.
Heck,	Grundriss des Schuldrechts, 1929.
"	Grundriss des Sachenrechts, 1930.
Hedemann,	Schuldrecht. 2. Aufl. 1931.
Hellwig,	Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Henle,	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Schuldrecht. 1934.
Heusler,	Die Gewere. 1872.
Hoeniger,	Lieferung mangelhafter Ware nach eingetretenem Lieferungsverzuge. LZ 1911, 578.
Hogrewe,	Das Prinzip des Gefahrübergangs beim Kauf. Diss. Göttingen 1928.
Hohenstein,	Der Abnahme-Annahmeverzug des Käufers - Gläubigers. AfBR 25, 69.
Horstmann,	Untersuchungen über die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen auf dingliche Ansprüche, 1938.
Hübner,	Grundzüge des deutschen Privatrechts. 1907.
Jörs - Kunkel - Wenger,	Römisches Privatrecht. 3. Aufl. 1949.
Kipp,	Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages? Verhandlungen des 27. DJT Bd. I Nr. 7, S. 249. 1904.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900 (zit. Unmöglichkeit).

" Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. KritVJSchr 44, 506.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 1900 (zit. Unmöglichkeit).

" Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des BGB. Jher Jb 43, 105.

Kleinrath, Ein Beitrag zur Lehre von der Gefahrtragung beim Versendungskauf unter Berücksichtigung des Gattungskaufs. Diss. Göttingen 1927.

Kluckhohn, Der Übergang der Gefahr beim bedingten Kauf und beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt. Jher Jb 64, 114.

Koch, Der Gefahrübergang beim Verkauf von Sachinbegriffen. Diss. Tübingen 1935.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. 1906.

" Zwölf Studien aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch. IX. Der Kauf einer fremden Sache. AfBR 30, 164.

Korintenberg, Die Beschaffenheit der Spezies als Element des Rechtsgeschäfts, 1948.

Kramer, Die Gefahrtragung beim Kauf. Diss. Erlangen 1911.

Krawielicki, Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht, Jher JB 81, 257.

Kreß, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, 1929.

Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Zugleich eine Kritik der Entwürfe Russlands, Ungarns und der Schweiz. AcP 101, 1.

Kulemann, Gefahrübergang nach Konkretisierung (§ 243 Abs. 2 BGB) setzt nicht notwendig Annahmeverzug (§ 300 Abs. 2 BGB) voraus. MDR 1951, 397.

Laband, Rezension zum zweiten Buch des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, II. Abschnitt, Titel 1. Allgemeine Vorschriften, AcP 74, 1.

Lange, Der Gefahrübergang beim Kauf einer beweglichen Sache in den Fällen der Ersatzübergabe. Diss. Breslau 1932.

Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. I, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1958, 8. Aufl. 1967; Bd. II, Besonderer Teil, 2. Aufl. 1957, 7. Aufl. 1965.

Lehmann, Besprechung einer Entscheidung des OLG Saarbrücken vom 25.8.1948. DRZ 1949, 281.

" Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 11. Aufl. 1958.

Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB. I. Band 1929. II. Band 1931.

" Erfüllungsort und Schuldort. 1907.

" Verschulden beim Vertragsschluß. 1910.

" In Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1. 1903.

Liermann, Anmerkung zu der Entscheidung des OLG Hamburg v. 28.9.1950 - 3 U 316/50, NJW 51, 156.

Lübbe, Die Regelung des Gefahrüberganges beim Kauf. Diss. Leipzig 1907.

Luyken, Besteht beim zufälligen Untergang einer gestohlenen Sache die Gewährleistungspflicht des Verkäufers für Mängel im Recht fort? Diss. Greifswald 1913.

Martinius, Zur Lehre von der Gefahr beim Kauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, AfBR 17, 50.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 7. Aufl. 1914.

Mestmäcker, Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 58, 521.

Meyer, Th., Die Haftung für Rechtsmängel nach § 440 BGB unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage bei Untergang der Kaufsache. Diss. Göttingen 1923.

Mezger, Rechte und Pflichten des Käufers einer gestohlenen Sache. JZ 53, 67.

" Die unechte Gesamtgläubigerschaft von Eigentümer und Veräusserer einer gestohlenen oder entzogenen Sache. NJW 53, 812.

Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches. 4. Aufl. 1932.

Molitor, Schuldrecht. I. Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1955. II. Besonderer Teil, 4. Aufl. 1958.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. I Allgemeiner Teil. Bd. II Recht der Schuldverhältnisse. 1888.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899.

Nikisch, Arbeitsrecht. 2. Aufl. 1955.

Nolte, Überseeische Cif-Abladegeschäfte. ZHR 89, 1.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Bd. II, 1, 5. Aufl. 1928. Bd. II, 2, 5.Aufl. 1929.

" Der gewöhnliche Handelskauf. Ehrenbergs Hdb. Bd. IV, 322, 428. 1918.

" Anfängliches Leistungsunvermögen. AcP 140, 129.

" Leistungshandlung und Leistungserfolg. ZHR 93, 388.

" Ist der Anspruch auf Ersatzherausgabe (§ 281 BGB) auf dingliche Ansprüche anwendbar? JR 1931, 1.

" Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug. AcP 116, 1.

Ohlshausen, Der Anspruch des Berechtigten aus Rechtshandlungen eines Unberechtigten (§ 816 BGB), Gruch 48, 436.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen. Kurzkommentar. 18. Aufl. 1959, bearbeitet von Dankelmann, Gramm u.a., 25. Aufl. 1966.

Palleske, Der Gefahrübergang gemäß § 446 Abs. 1 BGB und die Traditionssurrogate. Diss. Erlangen 1933.

Peters, Die Ansprüche aus dem Eigentum, AcP 153, 454.

Petri, Die Gewährleistung für Mängel im Recht bei Sachkauf nach BGB. Diss. Straßburg 1899.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte (Allg. Teil) bearb. v. Siber; 2. Hälfte (Bes. Teil) bearb. von Knoke. 4. Aufl. 1914, 1928.

Poiger, Zur Lehre von der Gefahrtragung, insbesondere der Gefahrtragung beim Kauf. Diss. Würzburg 1922.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines BGB.

Puntschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Rechts. 1885.

Raape, Zustimmung und Verfügung, AcP 121, 257.

Rabel, Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung. Bd. I 1936, Bd. II 1958.

" Kaufvertrag. Rvergl Hdwb IV, 727.

Raiser, Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom 9.2.1960 (JZ 61, 24), JZ 61, 26.

Regelsberger, Zur Lehre von der Einrede des nichterfüllten Vertrags und von dem Einfluß der teilweisen Unmöglichkeit der Erfüllung auf das Vertragsverhältnis. Jher Jb 40, 249.

Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar, herausg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern. I. Bd. Einl., Allg. Teil, Schuldverh. Allg. Teil, 10. Aufl. 1953. I. Bd. 2. Teil, Schuldverh. Allg. Teil 11. Aufl. 1960, II. Bd. Einzelne Schuldverh. 11. Aufl. 1959.

Rhode, Beiträge zur Unmöglichkeitslehre unter besonderer Berücksichtigung des Prinzips, nach welchem die Haftung für Unmöglichkeit der Leistung abgestuft ist. Diss. Erlangen 1930.

Rühl, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft einschließlich des Rechts der Teilfinanzierung, 1930.

Schäfer, Gefahrtragung und Gefahrübergang im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Erlangen 1932.

Scheyhing, Leistungskondiktion und Bereicherung "in sonstiger Weise", AcP 157, 371.

Schlegel, Erfüllung mit mangelhaften Sachen. Diss. Marburg 1928.

Schlegelberger, Kommentar zum Handelsgesetzbuch in der ab 1. Oktober 1937 geltenden Fassung. Bearbeitet von Gessler, Hefermehl u.a., Bd. I und II, 2. Aufl. 1950, 1955.

Schloßmann, Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sog. Realkontrakte. Jher Jb 45, 1.

Schmidt, Rudolf, Rechtsmängelhaftung und überholende Kausalität. AcP 152, 112.

Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem BGB. Gruch 46, 1.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Aufl. 1897; 2. Aufl. 1904.

" Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse 1. Hälfte.1900.

" Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf. Jher Jb 49, 93.

Schubert, Deutsches Kaufrecht. 1937.

Schwenn, Die Gefahrtragung beim Rücktritt. AcP 152, 138.

Seidel, Die Anwendbarkeit des § 816 BGB auf nachträglich wirksam werdende Verfügungen, 1930.

Siber, Grundriß des Bürgerlichen Rechts, Bd. II Schuldrecht. 1931.

" Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht. 1900.

" Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. Jher Jb 50, 55.

" Eigentumsanspruch und schuldrechtliche Herausgabeansprüche vom Standpunkte der Rechtsneuordnung. Jher Jb 89, 1.

Siméon - David, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich. Bd. I Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Teil 1. 1928.

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 8. Aufl. 1952. I. Bd. Allgem. Teil und Recht der Schuldverh ., Allgem. Teil. II. Bd. Recht der Schuldverh., Bes. Teil.

Soergel - Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 9. Aufl. Bd. 1. Allg. Teil,Recht der Schuldverh. Allgem. Teil 1959; Bd. 2 Einzelne Schuldverhältnisse 1962; Bd. 3 Sachenrecht 1960.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. III. Bd. Anhang zu §§ 372 - 375, IV.Bd. §§ 376 - 382, bearb. v. Heinichen. 14. Aufl. 1933.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. Bd. I Allg. Teil, 11. Aufl. 1957, erl. v. Brändl und Coing; Bd. II 1. Teil §§ 241 - 432, 9. Aufl. 1930 erl. v. Werner; Teil 1 c, Lieferungen 1 - 4, §§ 249 - 319, 10./11. Aufl. 1959 - 1966, erl. v. Werner und Kaduk; Bd. II, 2. Teil, §§ 433 - 597, 11. Aufl. 1955, erl. v. Ostler, Kiefersauer und Riedel; Bd. II, 4. Teil, Lieferungen 1 - 3, §§ 705 - 822, 10./11. Aufl. 1958 - 1960, erl. v. Keßler, Vogel, Brändl, Müller und Seuffert; Bd. III Sachenrecht 1. Teil §§ 854 - 1017, 11. Aufl. 1956, erl. v. Seuffert, Berg und Ring.

Stern, Die Gefahrtragung beim Kaufe. Diss.Marburg 1909.

Stobbe, Vertragsrecht. 1855.

Stobbe - Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. III, 3. Aufl. 1898.

Stoll, Heinrich, Die Lehre von den Leistungsstörungen. Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht der Akademie für Deutsches Recht. 1936.

" Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, Festgabe für Heck, Rümelin und Schmidt, 1931, S. 60.

Stoll, Heinrich - Felgentraeger, Vertrag und Unrecht. 1. und 2. Halbband, 4. Aufl. 1944.

Stölzle, Gefahrübergang bei Vorbehalt des Eigentums bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises. LZ 1915, 500.

Strauß, Der Verkauf einer fremden Sache als Fall des Eigentumsverschaffungsprinzips, des Gewährleistungsrechts und der Unmöglichkeitslehre. Diss. Halle 1928.

Suarez, Amtliche Vorträge bei der Schlußrevision des ALR. I. f.d. preuß. Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung 41, 18.

Süß, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, 1931.

Thiele, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, 1966.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht. 1900.

" Recht der Schuldverhältnisse in Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft VIII. 4. Aufl. 1948.

" Anmerkung zu dem Urteil RG 105, 88, JW 1928, 2016.

v. Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. 1. und 2. Halbband, 2. Aufl. 1942, 1944.

" Besprechung von Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte. Krit.VJSchr 43, 584.

" Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen. GrünhutsZ 25, 529.

Vollmer, Die Bedeutung der "Übergabe" im § 446 BGB. Diss. Erlangen 1932.

Wächter, Über die Frage: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen? AcP 15, 188.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 7. Aufl. 1938.

Weber, Die Gewährleistung wegen Mängel im Recht beim Kaufe nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Leipzig 1903.

Werner, Besprechung eines Urteils des BGH vom 28.3. 1952 veröffentlicht in BGH 5, 337; NJW 52, 930.

Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts. 3. Aufl. 1956; 5. Aufl. 1966.

Wiegmink, Eviktionsprinzip oder Rechtsverschaffungspflicht bei der Rechtsmängelhaftung des Verkäufers. Diss. Göttingen 1933.

Wilckens, Ist der Rückgriff des Bestohlenen auf den Veräußerungserlös notwendig endgültiger Verzicht auf das Eigentum? AcP 157, 399.

Windscheid - Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1900, 9. Aufl. 1906.

Wismeyer, Das Prinzip des Gefahrübergangs beim Kauf. Diss. Erlangen 1910.

Wolf, Zum Rücktritt des Käufers einer gestohlenen Sache. NJW 53, 164.

Wolf, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden. AcP 153, 97.

Ziegler, Gefahrübergang beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt. JW 1910, 798.

Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. AcP 99, 1.

\+ Dieses Zeichen am Ende einer Seite zeigt an, daß die Anmerkung auf der nächsten Seite fortgesetzt wird.

Einleitung.

Die einhellige Meinung in Lehre und Rechtsprechung läßt heute für den Gefahrübergang beim Kauf beweglicher Sachen gem. § 446 BGB die Besitzverschaffung genügen. In dieser Arbeit soll die Frage untersucht werden, ob diese Annahme nicht einer Einschränkung in dem Sinne bedarf, daß die Gefahr dann nicht auf den Käufer übergeht, wenn der Verkäufer bei der Übergabe seine Rechtsverschaffungspflicht verletzt.

Anlaß zu dieser Überlegung gibt die Regelung des § 440 Abs. 1 BGB, nach welcher dem Käufer die Rechte der §§ 320 - 327 BGB u.a. also auch das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB und das Rücktrittsrecht nach § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB zustehen. Die Ausübung des Rücktrittsrechts wird gem. § 350 BGB durch den zufälligen Untergang der zurückzugewährenden Sache nicht ausgeschlossen. Wenn diese Vorschrift auch für das Rücktrittsrecht des Käufers bei rechtsmangelhafter Lieferung gilt, kann er damit den durch den zufälligen Untergang der Sache entstandenen Schaden auf den Käufer zurückwälzen. Die Gefahr wäre nicht übergegangen.

Dieser Umstand müßte auch Auswirkungen auf den dem Käufer gem. § 440 Abs. 2 BGB zustehenden Schadensersatzanspruch haben. Bei diesem Anspruch ist ohnehin streitig, ob er sich auf das Erfüllungsinteresse oder nur auf den durch den Rechtsmangel als solchen verursachten Schaden erstreckt. Es ist zu prüfen, ob in diesen Anspruch der durch den zufälligen Untergang verursachte Schaden einbezogen werden muß, so daß der Käufer grundsätzlich den gesamten Kaufpreis vom Verkäufer zurückfordern kann, wenn die ihm mit einem Rechtsmangel übergebene Sache ohne sein Verschulden untergegangen ist.

A) Die Gefahrtragung beim Kauf beweglicher Sachen.

§ 1 Der Begriff der Gefahrtragung.

Mit Gefahr wird gemeinhin ein äußeres Ereignis bezeichnet, das einen Schaden androht [1]. Im Zivilrecht bezieht sich die Gefahrtragung auf die Verknüpfung eines zufälligen Schadens mit einem bestimmten Vermögen [2].

Im Sachenrecht wird darunter das "periculum rei" verstanden. Nach dem Grundsatz "casum sentit dominus" trägt die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache deren Eigentümer, wenn nicht aufgrund besonderer Vorschriften ein Dritter für die Schadensverursachung haftet [3]. Im Bereich des Schuldrechts betrifft die Gefahrtragung das "periculum obligationis", die Frage, welche Auswirkungen ein an einem Leistungsgegenstand durch Zufall entstandener Schaden auf die bestehenden Verpflichtungen hat [4].

Das wesentliche Moment der Gefahrtragung ist somit, daß der Schaden durch Zufall entstanden sein muß. Im Schuldrecht kann aber nicht von Zufall allgemein, sondern nur im Hinblick auf ein bestimmtes Schuldverhältnis gesprochen werden. Bei ein-

---

1) Endemann, Hwb d RW II, S. 601; Fischer, Jher Jb 51, 227 definiert: Gefahr sei drohender Nachteil, hypothetischer Schaden; wesentlich sei das Drohen eines Übels, die Chance im bösen Sinne.
2) Kisch, Unmögl. S. 44 Anm. 2 mit weiteren Literaturhinweisen.
3) Brodmann S. 220; RGRK § 446, 4; Staudinger § 446, 1; ferner Adler ZHR 72, 399.
4) Endemann, Hwb d RW II, S. 601.

seitigen Schuldverhältnissen ist der Zufall rein negativ festzulegen als Ereignis, das von einem bestimmten Schuldner nicht zu vertreten ist [1]. Die allgemeine Definition, Zufall sei ein unverschuldetes, vom Willen des Schuldners unabhängiges Ereignis [2], bedarf daher einer Einschränkung: Es können dies auch verschuldete Umstände sein, wenn sie der Schuldner z. B. beim Annahmeverzug nicht zu vertreten hat [3].

Beim zweiseitigen Schuldverhältnis ist darüber hinaus notwendig, daß keine der Vertragsparteien das schädigende Ereignis zu vertreten hat [4], wenn der Zufall die gegenseitigen Verpflichtungen beeinflussen soll. Deshalb sind die Rechtsfolgen eines zufälligen, schädigenden Ereignisses verschieden je nachdem, ob es sich um ein einseitiges oder zweiseitiges Schuldverhältnis handelt.

---

1) Dazu grundlegend Kisch, Unmögl. S. 36 ff; ferner Endemann aaO; Planck § 446, 2 a; Staub, HGB Anhang zu § 392 Anm. 45 b; Staudinger § 446, 8 und 9.

2) Adler, ZHR 75, 389 f; Lehmann, Allg. Teil S. 330.

3) Gegenüber diesem Zufallsbegriff, der als der allgemein anerkannte angesprochen werden darf, wird von Fischer (Jher Jb 37, 266) unter Hinweis auf römische Quellenstellen eine Einschränkung gemacht: Die zufälligen Ereignisse müssen ihren Ursprung unabhängig vom Willen des Schuldners nehmen, ihre schädigende Richtung auf sich oder das Vertragsverhältnis kann aber vom Schuldner "dolos oder culpos" herbeigeführt sein.
Fischer geht also wieder auf den in der älteren Lehre des Gemeinen Rechts vertretenen objektiven Zufallsbegriff zurück (vergl. Kisch, Unmögl. S. 38, Anm. 4). Dies ist nicht anzuerkennen. Zufall kann nur in der konkreten, subjektiven Beziehung des Schuldners zu dem schädigenden Ereignis begründet liegen und ist dann gegeben, wenn der Schuldner für das Ereignis nicht einzutreten hat.

4) Rabel, Warenkauf II S. 304 Anm. 60.

Beim einseitigen Schuldverhältnis behandelt die Gefahrtragung die Frage, wann der Schuldner durch einen von ihm nicht zu vertretenden Untergang des Leistungsgegenstandes von der Verpflichtung zur Leistung frei wird (§§ 275, 279 BGB). Dies wird als Gefahrtragung des Gläubigers bezeichnet [1].

Deshalb wird auch bei Gattungsschulden davon gesprochen, daß der Schuldner die Gefahr trage, solange er nach § 279 BGB verpflichtet bleibt [2], und daß mit der gem. §§ 243 Abs. 2 und 300 Abs. 2 BGB eintretenden Konzentration die Gefahr auf den Gläubiger übergehe [3].

Bei gegenseitigen Verträgen bezieht sich die Gefahrtragung auf das Schicksal der Gegenleistung [4]. Die gesetzliche Regelung ist in § 323 BGB enthalten. Wegen der synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung [5] muß die Gefahrtragung beim gegenseitigen Vertrag in Verbindung mit der eigenen Leistungsverpflichtung gebracht werden. Es ergeben sich daher

---

1) Eißer S. 3; Kreß, Schuldr. § 18 III b, S. 388 f; Larenz I S. 190; Nolte ZHR 89, 51; Oertmann, Komm. § 275, 1; Palandt § 275, 7; Staudinger § 275 II 2.
2) Kreß aaO S. 388; Larenz I S. 192; Nolte aaO; v. Tuhr, Schweiz. Oblig. Recht S. 49.
3) Bätge S. 632; Enn.-Lehmann § 6 IV 2, S. 32; Nolte ZHR 89, 52; Oertmann, Komm. § 243, 4 b; Rabel, Warenk. I S. 151; Palandt § 243, 4 a; Staudinger § 243 II 2 b.
4) Eißer S. 3 f; Düringer-Hachenburg, Einl. vor § 373, 84; Enn.-Lehmann § 103 I S. 414; Fischer Jher Jb 51, 192 und 231; Großmann-Doerth S. 100 f; Larenz I S. 237; Leonhard, Erfüllungsort S. 49; Nolte ZHR 89, 52; Oertmann, Komm. § 323, 1 und 2; Planck § 243, 4 b, § 323, 1; Staudinger § 323 Vorbem. A. I; v. Tuhr, Schweiz. Oblig.R. S. 49.
5) Bechmann I S. 542; Crome II § 167 S. 165; Enn.-Lehmann § 32 S. 138 ff; Oertmann, Komm. Vorbem. zu §§ 320 - 27; RGRK § 433 C; Titze, Unmögl. S. 163 Anm. 1; RG 60, 241.

bei der Gefahrtragung für Schuldner und Gläubiger inhaltliche Unterschiede [1]: Trägt der Schuldner die Gefahr, wird er bei zufälliger Unmöglichkeit seiner Leistung zwar selbst frei, verliert aber den Anspruch auf die Gegenleistung (§ 323 Abs. 1 BGB). Trifft die Gefahr den Gläubiger, muß dieser seine Leistung (die Gegenleistung) erbringen, ohne die Leistung des Schuldners zu erhalten [2].

Diese Mehrdeutigkeit des Gefahrbegriffes hat dazu geführt, durch Zusätze klarzustellen, welcher Fall der Gefahrtragung gemeint ist. Die Gefahr wurde, wenn es sich um das Schicksal der Gegenleistung handelt, Vergütungsgefahr [3], Preisge-

---

1) Kisch, Unmögl. S. 44 f. Anm. 2.

2) Hiervon abweichend definiert Crome (System II § 213 Anm. 2, S. 414) die Gefahrtragung beim gegenseitigen Vertrag als "die eigene Leistung machen zu müssen, während man die Gegenleistung nicht erhält" und kommt zu der für seine Definition konsequenten Folgerung, daß in § 323 BGB keine der beiden Parteien die Gefahr trägt.
Wächter (AcP 15, 111 ff) schließt sich ihm an, wenn er sagt, Gefahrtragung sei "Zahlenmüssen, ohne Ersatz dafür zu bekommen". Man könne dann nicht von Gefahrtragung z.B. des Schuldners sprechen, wenn er bei gleichzeitigem Freiwerden von der eigenen Leistungspflicht den Anspruch auf die Gegenleistung verliere. Der Schuldner habe dann als Äquivalent für die Befreiung von seiner Leistung eben den Anspruch auf die Gegenleistung verloren. Er habe sonach einseitig keine Gefahr zu tragen.
Diese abweichenden Ergebnisse sind auf der Grundlage dieser Definitionen der Gefahrtragung folgerichtig. Erhebliche praktische Bedeutung kommt ihnen nicht zu, weil die Rechtsfolgen in § 323 BGB eindeutig geregelt sind. Auch entsprechen diese Begriffsbestimmungen nicht dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauch, auf den die Vorschrift des § 446 BGB hinführt, indem dort ausdrücklich von einem Gefahrübergang gesprochen wird (Eißer S. 3 f; ähnlich Böttge, S. 20).

3) Düringer-Hachenburg, Einl. vor § 373 Anm. 84; Enn.-Lehmann § 6 IV 3, S. 33, § 46 III 1 a, S. 204; Larenz I S. 190, S. 238; Oertmann, Komm. § 323, 2; Titze, Schuldverh. S. 20.

fahr [1], Gegenleistungsgefahr [2], Gefahr des Kaufpreises [3] oder Gefahr im Sinne der Festigung des Gegenanspruchs [4] genannt.

Demhingegen wurde die Gefahr, wenn sie die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf eine bestimmte Sache und das Freiwerden des Schuldners gemäß §§ 275 ff BGB betrifft, als Leistungsgefahr [5], Lieferungsgefahr [6], Speziesgefahr [7], Gefahr der Sache [8], Sachgefahr [9] oder Gefahr im Sinne der Konkretisierung [10] bezeichnet.

§ 2 Die Gefahrtragung nach § 323 BGB.

Die Anwendung der Vorschrift des § 323 BGB würde ergeben, daß der Verkäufer die Gefahr des zufälligen Untergangs der verkauften Sache zu tragen hat, bis er alle ihm aus dem Kaufvertrag obliegenden Leistungsverpflichtungen erfüllt hat [11]. Diese ergeben sich für den Verkäufer gem. § 433 BGB in doppelter Beziehung: Er hat die Sache dem Käufer zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen. Darüber hinaus

---

1) Enn.-Lehmann § 103 I, S. 414 f; Esser S. 215; Heck S. 29; Rabel, Rvgl. Hdwb IV, S. 341.
2) v. Tuhr, Schweiz. Oblig.R. S. 50.
3) Nolte, ZHR 89, 52.
4) Planck § 243, 4 b.
5) Nolte aaO; Oertmann aaO; Esser aaO; Heck S. 258; Rabel aaO.
6) Düringer-Hachenburg aaO.
7) Heck aaO.
8) v. Tuhr aaO.
9) Larenz I S. 190, 237.
10) Planck aaO.
11) Anders bei Annahmeverzug des Käufers (§ 324 Abs. 2 BGB).

trifft ihn nach §§434 ff und §§459 ff BGB eine Haftung für Rechtsmängel und Sachmängel.

Daß es sich bei der Verpflichtung des § 434 BGB, den Gegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen, um eine echte Hauptverpflichtung handelt, deren Verletzung über § 440 BGB die Anwendung der §§ 320 ff BGB nach sich zieht, ist nunmehr anerkannt [1].

Umstritten ist diese Frage jedoch bei der Gewährleistung für Sachmängel. Ein Teil der Lehre [2] folgt der vor allem vom Reichsgericht vertretenen Meinung [3], wonach die Gewährleistung für Sachmängel als Ersatzverpflichtung für die Nichterfüllung der primären Leistungspflicht eine Hauptverpflichtung des Verkäufers darstelle. Demgegenüber nimmt die herrschende Lehre [4] an, die Gewährleistungspflicht für Sachmängel

---

1) RG 95, 105; 83, 214; Enn.-Lehmann § 107 I, S. 427 f; Hohenstein AfBR 25, 76 ff; Larenz II S. 23; Planck § 433, 6a; Schoeller, Gruch 46, 7; Siber, Rechtszwang S. 144 ff; Jher Jb 50, 235; Soergel § 433 II A, 2; Staudinger § 433, 101 bb; Titze, Unmögl. S. 44 ff; Wiegmink S. 46 ff.
Die Aufrechterhaltung des römischen Eviktionsprinzips bei beweglichen Sachen bejahen lediglich: Leonhard in Eck, Vorträge I S. 440; Schuldrecht II S. 35 f; Matthiass § 105 II D 4 S. 279; Schloßmann, Jher Jb 45, 97 ff; Eccius, Gruch 50, 499

2) Achilles-Greiff § 433, 1 b; Adler ZHR 75, 454 ff; Cosack (1927) § 188 I S. 539; Heck S. 267; Kleineidam, Unmögl. S. 155 ff; Kisch, Unmögl. S. 168 u. 193 ff; Kohler II § 26 IV S. 71; Palandt § 433, 2 a; RGRK § 433, 172; Titze, Unmögl. S. 274 und 277.

3) RG 53, 73; 66, 76; OLG Hamburg Seuff. 60, 54 Nr. 29 f; OLG (Breslau) 36, 43.

4) Crome II § 216, 18, S. 428 f; Düringer-Hachenburg, Einl. vor § 373, 115; Endemann I § 160, 3 c S. 966; Enn.-Lehmann § 108 I S. 431; Fischer, Jher Jb 51, 222; Goldmann-Lilienthal I § 135, 2, S. 495; Korintenberg S. 90; Kreß I S. 575; Krückmann, AcP 101, 169 f (abweichend dagegen in Jher Jb 59, 107); +

trete als selbständige Verpflichtung neben die Leistungsverpflichtungen des Verkäufers.

Wäre nicht die Spezialbestimmung des § 446 BGB vorhanden, würde der Verkäufer gem. § 323 BGB die Gefahr bis zur rechtsmängelfreien Besitzübertragung an den Käufer tragen, während das Vorhandensein von Sachmängeln den Gefahrübergang nicht beeinflussen würde.

§ 3 Geschichtlicher Überblick.

Die in § 446 BGB getroffene Regelung des Gefahrübergangs ist in anderen Rechtsordnungen nicht sehr weit verbreitet. In vielen neueren Kodifikationen ist der römischrechtliche Grundsatz des "periculum est emptoris" wenigstens im Grundsatz durchgeführt worden [1].

Wurde auch versucht, die Gültigkeit dieses Satzes für das klassische römische Recht zu bestreiten [2], so kann es doch bei der

---

Larenz II S. 51; Leonhard , Schuldrecht II S. 80; Oertmann, Komm. § 433, 2 a; Ehrenbergs Hdb IV S. 395 f; Planck § 459, 1 c; Rabel, Warenkauf I S. 148; Rvgl Hdwb IV S. 760; Siber Schuldrecht S. 237; Soergel vor § 459, 1; Staudinger Vorbem. 1 b vor § 459; Stoll-Felgenträger S. 177 f; Süss S. 77, Anm. 1; v. Tuhr, Schweiz. Obl.R. S. 406;
OLG (Kiel) 16, 399 f; OLG Frankfurt Seuff. 68, 395 f; weitere Literatur bei Doster S. 54 ff.

1) Code civil art. 1624, 1138, 711, 1583; codice civile art. 1480, 1125, 1448, 1298; Schweiz. Bundesges. Art. 145; BGB f. Sachsen §§ 1091, 866, 867, 1015; Badisches Landrecht T. 4 Kap. 3 § 11.

2) Haymann, Z. Sav.-St. 41, 44 ff, hat zum ersten Mal den Nachweis zu erbringen versucht, daß das klassische römische Recht, wie das alte deutsche Recht, den Gefahrübergang an die Übergabe der Kaufsache geknüpft habe. +

häufigen Erwähnung dieser Formel keinem Zweifel unterliegen, daß sie im byzantinisch-römischen Recht Geltung gehabt [1] und so durch das Corpus Juris Civilis die späteren Epochen beeinflußt hat.

Aber auch im römischen Recht war bei einigen Kaufarten nicht der Vertragsschluß sondern ein späterer Zeitpunkt für den Gefahrübergang maßgebend. Beim Genuskauf ging die Gefahr über mit der Konkretisierung, der Umwandlung in eine Speziesschuld. Bei der sog. emptio ad mensuram, bei welcher der Preis der Kaufsache nur nach Maß, Gewicht oder Zahl bestimmt war, mußte die Sache dem Käufer erst zugemessen, zugewogen oder zugezählt worden sein. Beim Kauf einer Quantität aus einer Masse heraus mußte erst ausgeschieden worden sein. Schließlich ging beim aufschiebend bedingten Kauf die Gefahr des zufälligen Untergangs erst über mit dem Eintritt der Bedingung. Für diese Fälle wurde der Begriff der Perfektion des Kaufes entwickelt. Die Gefahr ging danach über, wenn der Kauf unbedingt und in Gegenstand und Preis bestimmt war.

Demgegenüber galt im alten deutschen Recht der Grundsatz, daß die Gefahr erst mit der Übergabe der Sache an den Käufer übergehe [2]. Die Übergabe bedeutete die Übertragung der Gewere. Allerdings war mit dieser Übertragung auch, wenigstens regelmäßig bei beweglichen Sachen, der Eigentumsübergang

---

Auf diese Streitfrage braucht hier nicht eingegangen zu werden, weil sich für diese Arbeit keine Ergebnisse daraus ableiten lassen. Vgl. dazu Jörs-Kunkel § 141, 2 Anm. 6, S. 228.

1) Vgl. Vollmer S. 27; Hogrewe S. 5; Literatur bei Vollmer S. 10 ff.

2) Beseler I S. 509; O. v. Gierke III S. 446; Heusler S. 215 f; Hübner S. 488 f; Stobbe S. 277; Stobbe-Lehmann, Privatrecht III S. 303.

verbunden. Aber nicht wegen der Übertragung des Eigentums, sondern weil mit der Gewere auch die tatsächliche Sachherrschaft übertragen wurde, erfolgte der Gefahrübergang [1].

Dieser Grundsatz des Gefahrübergangs mit der Übertragung der Gewere ist allerdings verschiedentlich bezweifelt worden [2], indem angenommen wurde, es habe sich hier um eigentumsverschaffende Übergabe gehandelt. Der Käufer habe deshalb die Gefahr nur als Eigentümer getragen nach dem Grundsatz "casum sentit dominus".

An diese Ausgangspunkte anknüpfend hat sich unter der Geltung des Preuß. ALR zu Ende des vergangenen Jahrhunderts eine lebhafte Diskussion entwickelt.

In § 95 Teil I Titel 11 Preuß. ALR wurde für den Kauf bestimmt, daß Gefahr und Schaden dem Verkäufer solange zur Last fallen sollen, als er die Kaufsache dem Käufer noch nicht übergeben habe. Damit folgte das Preuß. ALR im wesentlichen deutschrechtlichen Prinzipien [3]. Weil verschiedene Autoren noch den Satz "casum sentit dominus" zur Begründung der Gefahrtragung heranzogen [4], wurde daraus gefolgert, das Preuß. ALR verlange für den Gefahrübergang eine eigentumsverschaffende Übergabe [5].

---

1) Eckhardt S. 46 f.
2) Z.B. Puntschart S. 373.
3) Besonders betont wurde dies durch Suarez in den amtlichen Vorträgen bei der Schlußrevision des ALR; J. f. d. preuß. Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung Bd. 41, 18.
4) Vgl. Förster-Eccius I. S. 470 und Suarez aaO.
5) Z.B. Dernburg, Preuß. Priv.Recht II S. 362.

Zunächst hatte diese Frage keine besondere Bedeutung, weil die nach dem Preuß. ALR notwendige Übergabe aufgrund eines Rechtstitels erfolgen mußte und damit zugleich auch Eigentum übertragen wurde. Dies änderte sich mit dem Inkrafttreten des Preuß. Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872. Danach erfolgte die Eigentumsübertragung bei Grundstücken nicht mehr durch bloße Tradition, sondern durch Auflassung und Eintragung. Wenn man nun die Übergabe in § 95 I 11 Preuß. ALR im Sinne einer eigentumsverschaffenden Übergabe verstand, konnte bei Grundstücken die Gefahr erst mit Auflassung und Eintragung übergehen, da diese an die Stelle der Einigung und Übergabe getreten waren [1].

Das Preuß. Obertribunal [2] und das Reichsgericht [3] wandten in der Folge diese Vorschrift weiterhin auf den Kauf von Grundstücken an und banden so die Gefahrtragung an die besitzverschaffende Übergabe. Das Reichsgericht ging davon aus, daß die angeführte Vorschrift für Immobilien nirgends ausdrücklich aufgehoben sei. Eine Änderung der Voraussetzungen des Gefahrübergangs sei nur dann zulässig, wenn der einzige Grund für die Regelung des § 95 I 11 Preuß. ALR der Übergang des Eigentums sei. Eine solche Behauptung ließe sich aber nicht mit Sicherheit begründen. Außer demGrundsatz "casum sentit dominus" seien von Suarez noch drei weitere Gründe für diese Vorschrift angeführt worden, die ihre

---

1) Die Verf. dieses Gesetzes hatten, wie Dalcke Gruch 17, 464 f ausführt, diese Frage nicht geregelt, einmal weil sie glaubten, eine diesbezügl. Regelung gehöre ins Obligationenrecht,und zum anderen, weil es der Praxis überlassen bleiben sollte, die widerstrebenden Rechtselemente in Einklang zu bringen.
2) Gruch 23, 916.
3) RG 7, 241 f.

Bedeutung behielten, wenn auch der Eigentumsübergang mit der Übergabe nicht mehr zusammenfalle. Deshalb lasse sich zumindest bezweifeln, ob diese Bestimmung eine Anwendung des Grundsatzes "casum sentit dominus" sei. Die Übergabe sei daher im Sinne einer bloßen Besitzverschaffung aufzufassen.

Die entgegengesetzte Ansicht, die vor dem Inkrafttreten des Preuß. Eigentumserwerbsgesetzes allgemein anerkannt war, vertrat Dernburg [1]. Nach seiner Auffassung sollte die Gefahr beim Verkauf von Grundstücken erst mit der Auflassung übergehen, weil es dem Grundgedanken des Preuß. ALR entspräche, daß die Gefahr den Eigentümer treffe. Eine Mittelmeinung nahm in dieser Frage Förster-Eccius [2] ein: Die Gefahr gehe sowohl mit der Übergabe als auch mit der Auflassung über, je nachdem welcher der beiden Akte zuerst erfolge. Diese Regelung wurde dann auch vom BGB übernommen.

Welcher dieser Ansichten für das Preuß. ALR der Vorzug zu geben ist, kann dahingestellt bleiben. Es zeigt sich aber, daß den Verfassern des BGB der Streit um die Auslegung des Begriffes der Übergabe bekannt war. Dies ergibt sich auch daraus, daß das BGB für § 446 die Formulierung des Preuß. ALR übernommen hat. Die Uneinheitlichkeit in der Beurteilung des deutschrechtlichen Standpunktes, der im Preuß. ALR im Grunde verwirklicht werden sollte, findet sich auch in den Materialien zum BGB wieder. Bei deren Auslegung muß man sich der Auseinandersetzung über § 95 I 11 Preuß. ALR bewußt sein.

---

1) Preuß. Privatrecht II S. 362.
2) Preuß. Privatrecht I S. 741.

§ 4 Auffassung des Gesetzgebers zu §§ 446, 323 BGB.

Die bei § 95 I 11 Preuß. ALR im Zusammenhang mit der Einführung des deutschrechtlichen Prinzips aufgetauchten Fragen sind bei der Abfassung des BGB nur insoweit konsequent bereinigt worden, als es sich um den Gefahrübergang beim Verkauf von Grundstücken handelt.

Für den Gefahrübergang bei beweglichen Sachen lassen sich aus den Materialien Argumente für jede der seit Inkrafttreten des BGB vertretenen Theorien zum Gefahrübergang entnehmen. Obgleich eine einheitliche Auffassung in den Materialien nicht vorhanden ist, soll dennoch versucht werden, die Grundsätze abzuleiten, die in den Materialien klar zum Ausdruck gekommen sind. Folgende Gesichtspunkte lassen sich mit hinreichender Sicherheit entnehmen:

1.) Grundsätzlich habe der Schuldner bei allen gegenseitigen Verträgen bis zur Erfüllung die Gefahr zu tragen [1].
2.) In § 463 (dem heutigen § 446 BGB) sei dieses Prinzip für den Kaufvertrag besonders ausgesprochen [2].
3.) Demnach trage der Verkäufer die Gefahr bis zur Übergabe bzw. Eintragung im Grundbuch [3].
4.) Dies sei der Standpunkt des älteren deutschen Rechts, im Gegensatz zum Gemeinen Recht, das den römisch-rechtlichen Standpunkt vertreten habe [4].

---

1) Mot II zu § 368 (heute 323) BGB, S. 205.
2) Mot II zu § 368, S. 205; zu § 463, S. 322; Prot. S. 17125.
3) Mot II zu § 368, S. 205 f; Denkschrift S. 60.
4) Mot II zu § 368, S. 206; zu § 463, S. 322.

5.) In Ansehung der Grundstücke bedürfe es deshalb einer besonderen Regelung, welche die Gefahrtragung nicht nur an die Übergabe knüpfe, sondern sowohl die Erlangung der tatsächlichen als auch der rechtlichen Herrschaft ausreichend sein lasse [1].

6.) Wenn bei schwebender Bedingung die Sache dem Käufer übergeben worden sei, bleibe die Frage der Gefahrtragung besser der Lösung durch Wisschenschaft und Praxis überlassen [2].

Diese Punkte lassen sich nur dann zu einer einheitlichen Auffassung vereinigen, wenn man für den deutsch-rechtlichen Standpunkt eine eigentumsverschaffende Übergabe fordert. Die obigen Stellen, insbesondere aber auch Mot II, S. 324 deuten auf diese Lösung hin. Dort wird für Grundstücke ausgeführt, der Gefahrübergang könne "keineswegs von der Erfüllung aller dem Verkäufer obliegenden Verpflichtungen abhängig gemacht werden".

Nun ist aber beinahe einhellig anerkannt [3], daß das deutsch-rechtliche Prinzip die Gefahr wegen der Übertragung der Gewere übergehen ließ, und daß diese Ansicht, insbesondere auch die Trennung von Übergabe und Eigentumsübertragung, von den Verfassern des BGB beachtet worden ist, wie sich auch in § 433 BGB zeigt.

Auch der Vergleich anderer Bestimmungen des BGB, in denen von Übergabe die Rede ist, zeigt deutlich, daß im BGB die

---

1) Mot II zu § 463, S. 322 ff.
2) Mot II zu § 463, S. 324.
3) Vgl. oben S. 22.

Übergabe stets im Sinne von Besitzverschaffung zu verstehen ist [1].

Deshalb sind die Ausführungen in den Materialien des BGB uneinheitlich: Entweder stellt § 446 BGB eine Ausnahme zu dem Grundsatz des § 323 BGB dar, oder die Übergabe ist eine eigentumsverschaffende und die Unterscheidung in § 433 wird nicht beachtet. Welche Grundsätze tatsächlich bei der Regelung des Gefahrübergangs die ausschlaggebenden gewesen sein sollten, läßt sich aus den Materialien nicht entnehmen [2]. Die Lösung der Frage ist daher allein anhand des Gesetzes zu suchen.

§ 5 Besitzverschaffungstheorie und Eigentumsverschaffungstheorie.

Die einhellige Meinung in Lehre und Rechtsprechung lehnt heute die Theorie der positiven Eigentumsverschaffung ab und läßt für den Gefahrübergang die bloße Besitzverschaffung genügen [3].

---

1) S. unten S. 30.
2) Ebenso Vollmer S. 36.
3) RG 85, 320 (= JW 1915, 23); 106, 17; RG JW 1937, 1631; OGH 1, 154.
Achilles-Greiff § 446, 1; Adler ZHR 72, 399; Brodmann S. 222 Anm. 10; Cosack I S. 515; Dernburg, Schuldrecht II § 174 III S. 30; Düringer-Hachenburg, Einl. vor § 373, 86; Eccius Gruch 41, 883; Emerich S. 34; Endemann I § 159 a S. 950; Enn.-Lehmann § 103 II 1 b S. 416; Esser S. 215; O. v. Gierke III § 192 IV 2 S. 448; Goldmann, Komm. § 373, 78; Goldmann-Lilienthal I § 131 I 1 Anm. 2 S. 479; Hanke S. 16; Heck S. 260 f; Hedemann S. 227; Kisch, Unmögl. S. 62; Kluckhohn Jher Jb 64, 137 ff; Leonhard, Schuldr. II S. 19; Martinius AfBR 17, 53; Matthiaß 6. u. 7. Aufl. § 109 I S. 291; Oertmann, Komm. 5. Aufl. § 446, 1 a; Palandt § 446, 3; Planck 4. Aufl. § 446, 2 b; RGRK § 446, 4; Schollmeyer, Schuldverh. S. 19; Schubert S. 42; Siber, Schuldr. S. 225; Soergel § 446, 1; Staub, Anhang zu § 382, 45 b; Staudinger +

Demgegenüber war insbesondere in der ersten Zeit nach Inkrafttreten des BGB in Anlehnung an die Materialien [1] die Meinung vorherrschend, nur eine eigentumsverschaffende Übergabe lasse die Gefahr übergehen (Eigentumsverschaffungstheorie) [2]. Von der neueren Literatur ist diese Meinung völlig zu Gunsten der Besitzverschaffungstheorie aufgegeben worden.

Daß die Übergabe in § 446 BGB grundsätzlich als Besitzverschaffung verstanden werden muß, ist heute nicht mehr zu bestreiten. Da diese Arbeit jedoch die Frage untersucht, ob diese Auslegung nicht einer Einschränkung bedarf, erscheint es zweckmäßig, den Theorienstreit kurz daraufhin zu untersuchen, welche Argumente sich aus ihm für das Verhältnis von Gefahrübergang und Gewährleistung für Rechtsmängel gewinnen lassen.

---

§ 446, 3 (vergl. aber auch Anm. 15); Warneyer § 446 I 1; ferner Diss.: Doster S. 17; Froelich S. 16 ff; Hogrewe S. 7 ff; Lange S. 35; Palleske S. 2; Schäfer S. 17; Stern S. 3; Vollmer S. 35; Wismeyer S. 38.

1) Insbes. Mot II S. 322.

2) Crome, System § 213, 1 a S. 416; Titze, Schuldverh. § 41 Nr. 3a S. 153; Unmögl. S. 256 Anm. 2, mit der Ausnahme Beispiel S. 258, Kritik dazu bei Palleske S. 26; ferner Enneccerus I Teil 2 (1912) § 326 Anm. 5; Kohler Lehrbuch § 93 S. 248; Kreß, Schuldr. I § 19 Nr. 16 b Anm. 57 S. 414; Matthiaß § 109 I S. 285 (5. Aufl. 1910); Oertmann, Komm. 1.-4. Aufl. § 446, 1 a; Planck 1.-3. Aufl. § 446, 2 b; Schollmeyer, Schuldverh. 1. Aufl. S. 8; Siméon-David I 1 Ziff. 2 c S. 412; Windscheid-Kipp, 9. Aufl. S. 682.
Diss.: Dietrich S. 14; Hartzen S. 10; Kramer S. 8; Lübbe S. 14; Poiger S. 29, 32.
Aus der älteren Rechtsprechung: RG 64, 204; 64, 337; 65, 247; 66, 347; OLG (Colmar) 24, 321.
Später haben sich der heute herrschenden Auffassung angeschlossen: Oertmann, Komm. 5. Aufl. aaO vermittelnd, ebenso in ZHR 93, 385 ff eingeschränkt auf die Fälle, in +

Für die Begründung der Besitzverschaffungstheorie wird in erster Linie auf den Wortbegriff "Übergabe" hingewiesen, indem die Bedeutung dieses Begriffs in anderen Vorschriften des BGB zum Vergleich herangezogen wird [1]. In § 433 BGB treffe das Gesetz eine scharfe Trennung zwischen Übergabe und Eigentumsverschaffung. In § 440 Abs. 2 BGB werde von der Übergabe zum Zwecke der Eigentumsübertragung gesprochen. Nach § 448 (im Gegensatz zu § 449) BGB sowie nach § 450 (in Verb. m. § 446 Abs. 2) BGB sei die Übergabe eindeutig im besitzrechtlichen Sinne zu verstehen. Außerdem stellten die §§ 688, 701 ff, 929 ff, 1032, 1205 und 1299 BGB entweder die Übergabe in deutlichen Gegensatz zur Eigentumsverschaffung oder sei bei den durch diese Vorschriften geregelten Rechtsverhältnissen eine eigentumsverschaffende Übergabe überhaupt nicht möglich.

Auch § 446 BGB selbst verlange eine einheitliche Wortauslegung des Begriffs der Übergabe. Bei der Regelung des § 446 Abs. 2 BGB könne die Übergabe, weil sie für die Eigentumsverschaffung bei Grundstücken ohne Bedeutung sei, nur im besitzrechtlichen Sinne verstanden werden. Dann aber könne § 446 Abs. 1 BGB keine andere Auslegung erfahren [2].

---

denen der Schuldner rechtswirksame Leistungshandlungen vorgenommen hat, noch ausdrücklich ablehnend in Ehrenbergs Hdb IV, 2 S. 428; Planck 4. Aufl. aaO; Enn.-Lehmann § 103, 1 b S. 416; Matthiaß (6. u. 7. Aufl.) § 109 I S. 291; Schollmeyer, Schuldverh. 2. Aufl. S. 18.

1) Dazu ausführlich: Vollmer S. 40 ff; Palleske S. 29; Wismeyer S. 39 ff und auch Endemann § 159 a S. 950 Anm. 36.

2) Palleske S. 29; ebenso Endemann I § 159 a S. 951 Anm. 36; Düringer-Hachenburg V 1 Einl. vor § 373, 86.

Darüber hinaus wurden von den Vertretern der Besitzverschaffungstheorie immer wieder rechtspolitische Argumente angeführt [1]: Wenn der Käufer durch die Übergabe den Besitz an der Kaufsache erlangt habe, habe er den Genuß und die Überwachungsmöglichkeit der Sache und "sei näher daran, die Folgen des Untergangs oder einer Verschlechterung zu tragen" als der Verkäufer [2].

Demgegenüber wurde von den Vertretern der Eigentumsverschaffungstheorie immer wieder auf §§ 440 [3] und 467 i.V.m. 350 BGB [4] hingewiesen. Oertmann, Titze und ihre Anhänger folgerten: § 440 Abs. 1 BGB erkläre die §§ 323 ff BGB auch noch nach erfolgter Übergabe für anwendbar. Daraus ergebe sich, daß der Gefahrübergang nicht nur an die Besitzübertragung gebunden sei; denn der Käufer könne gem. § 440 BGB sogar noch nach zufälligem Untergang der Sache Schadensersatzansprüche geltend machen, wenn die Übergabe wegen des Rechtsmangels Eigentum nicht verschaffen konnte [5].

---

1) Vgl. Oertmann, Ehrenbergs Hdb S. 428; Vollmer S. 55; Palleske S. 55 ff.
2) Vollmer S. 55, Larenz II S. 60; dazu Martinius AfBR 17, 58: Wenn die Überwachungsmöglichkeit Grund des Gefahrübergangs wäre, dann müßte bei Grundstücken die Gefahr bis zur Übergabe beim Verkäufer bleiben; weitere Argumente bei Adler ZHR 72, 399 ff und Palleske S. 52 ff.
3) Hauptsächlich Oertmann, Komm. 3. u. 4. Aufl. § 446, 1 a; ZHR 93, 390 f; Diss.: Dietrich S. 14; Kramer S. 8.
4) Titze, Unmögl. S. 256, Anm. 2.
5) Ursprünglich dehnte Oertmann (Komm. 3. u. 4. Aufl. § 446, 1 a) diesen Grundsatz auch auf die Fälle aus, in denen der Verkäufer sich das Eigentum vorbehalten hatte. Später (Komm. 5. Aufl. § 446, 1 a) hat Oertmann diese Ansicht aufgegeben und das Erfordernis der Eigentumsverschaffung auf die Fälle beschränkt, in welchen die Übergabe wegen des Rechtmangels das Eigentum nicht verschaffen kann. Wenn die Übergabe das Eigentum noch nicht verschaffen +

Dies soll auch der Ansatzpunkt für die Überprüfung der uneingeschränkten Besitzverschaffungstheorie in der vorliegenden Arbeit sein: Wenn die Gefahr des zufälligen Untergangs mit der Übergabe der verkauften Sache auf den Käufer übergeht, auch wenn die Sache mit einem Rechtsmangel behaftet ist, muß der durch den zufälligen Untergang entstandene Schaden beim Käufer verbleiben. Der Käufer darf weder durch Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, noch durch Erklärung des Rücktritts oder Inanspruchnahme eines Zurückbehaltungsrechts diesen Schaden auf den Verkäufer zurückwälzen können. Die von der herrschenden Meinung vorgenommene Beschränkung des nach § 440 Abs. 2 BGB gegebenen Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann für den Gefahrübergang dann nicht entscheidend sein, wenn der Käufer durch Geltendmachung eines Rücktrittsrechts oder Zurückbehaltungsrechts den Gefahrübergang verhindern kann. Solange der Käufer diese Möglichkeiten hat, kann die Gefahr des zufälligen Untergangs nicht auf ihn übergegangen sein.

§ 6 Der Gefahrübergang beim Vorhandensein von Sachmängeln.

Die Gewährleistung für Sachmängel ist ein der Rechtsmängelhaftung so nahe stehendes Rechtsinstitut, daß die Gefahrtragung beim Vorliegen von Sachmängeln ebenfalls erörtert werden soll.

---

solle, habe der Verkäufer seine Vertragspflichten schon voll erfüllt, denn auch die zur Übereignung notwendige Einigung liege bedingt bereits vor, so daß sich der Eigentumsübergang hernach automatisch und ohne weitere Leistungshandlungen des Verkäufers vollziehe.

Nach der herrschenden Meinung tritt die Gewährleistung für Sachmängel als selbständige Verpflichtung neben die sich aus dem Kaufvertrag ergebenden Leistungspflichten des Verkäufers zur Übergabe und Eigentumsübertragung. Der Käufer kann danach nur die ihm gem. §§ 459 ff BGB zustehenden Rechte, nicht aber auch die der §§ 320 ff BGB geltend machen [1].

Dem Käufer steht somit bei sachmängelhafter Lieferung gem. § 467 BGB ein Wandelungsrecht zu. Diese Vorschrift verweist ausdrücklich auf § 350 BGB. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung ist die Wandelung und deren Abwicklung möglich, auch wenn die verkaufte Sache durch Zufall untergegangen ist [2].

Weil das Gesetz dem Käufer dieses Recht zubilligt, wurde der Gefahrübergang bei Lieferung einer mit einem Sachmangel behafteten Sache immer wieder verneint [3]. Allerdings wurde

---

1) Auch die meisten Autoren, welche die Auffassung vertreten, eine sachmängelhafte Lieferung sei lediglich eine Teilerfüllung der dem Verkäufer obliegenden Hauptpflichten (s. oben S. 20), nehmen an, die §§ 459 ff BGB würden als Sondervorschriften die allgemeinen Regeln ausschließen. Für die vorliegende Arbeit ist diese Frage ohne Bedeutung. Wichtig wird der Unterschied lediglich bei dem hier nicht zu untersuchendem Problem, ob dem Käufer ein Nachbesserungsrecht zusteht; vgl. hierzu Brox S. 80 ff; RGRK § 459, 3.

2) So auch die allgemeine Meinung; vgl. Enn.-Lehmann § 110 II 1, S. 433; § 103 II 1 c S. 405; Larenz II S. 42; RGRK 11. Aufl. § 467, 10; Planck § 467, 1 a; Oertmann § 467, 1 b.

3) Adler GrünhutZ 39, 534; ZHR 72, 491 f; Haymann, Anfechtung S. 17; Höniger LZ 1911, 579; Düringer-Hachenburg, Einl. vor § 373, 178 (allerdings im Gegensatz zu Anm. 217); Kisch, Unmögl. S. 62; RGRK § 459, 3; § 467, 10; Staudinger § 467, 8; Titze, Unmögl. S. 256 Anm. 2.
Ferner Diss.: Dietrich S. 14; Kramer S. 8; Lübbe S. 14; Schlegel S. 18.

auch die Auffassung vertreten [1], die Gefahr ginge trotz Vorhandensein des Wandelungsrechts auf den Käufer über, bringe aber für diesen keine ungebührliche Belastung, weil er trotz des Gefahrübergangs gem. §§ 467, 350 BGB wandeln könne.

Als Hauptargument für den Gefahrübergang beim Vorliegen von Sachmängeln wurde angeführt [2], § 459 BGB setze den Gefahrübergang beim Vorliegen von Sachmängeln voraus, weil der Zeitpunkt des Gefahrübergangs für deren Vorhandensein maßgebend sei. Diesem Einwand wurde von der Gegenmeinung widersprochen: Diese Bestimmung sei insoweit ungenau gefaßt; gemeint sei in § 459 BGB der Zeitpunkt, in welchem die Gefahr übergehen würde, wenn die Sache nicht mit dem Mangel behaftet wäre [3]. Für den Ausschluß des Gefahrübergangs beim Vorliegen von Sachmängeln sprechen noch viele andere Argumente [4]. Diese brauchen nicht näher erörtert zu werden, weil aus

---

1) Enn.-Lehmann § 103 II 1 c, S. 405; Oertmann § 446, 1 f.
2) Breit, S. 146; RGRK § 459, 3 B I; Staudinger § 459, 38; Diss.: Hogrewe S. 19; Kramer S. 11; Lange S. 30; Vollmer S. 52; Wismeyer S. 34.
3) Adler Gruch 39, 534; Haymann, Anfechtung S. 17; Düringer-Hachenburg Einl. vor § 373, 178.
4) Vgl. dazu insbesondere die Diss.: Bode S. 2 ff; Crüger S. 17 ff; Doster S. 57; Schlegel S. 12 f, 25 f (weitere Nachweise bei Doster S. 55).
Zu den dort ausführlich vorgetragenen Argumenten sei noch auf folgendes hingewiesen: Die Berücksichtigung von Sachmängeln für den Gefahrübergang würde eine uneinheitliche, unübersichtliche und daher unzweckmäßige Bestimmung des Gefahrübergangs ergeben. Dies zeigt sich vor allem bei Betrachtung der §§ 460, 464, 466 und 477 BGB.
Zunächst müßte nicht das Vorhandensein von Sachmängeln, sondern die Möglichkeit ihrer Geltendmachung für den Gefahrübergang maßgeblich sein. Bei § 466 BGB wäre zu prüfen, ob die Gefahr für immer beim Verkäufer verbleiben soll, wenn der Käufer infolge Verjährung seine Gewährleistungsansprüche nicht mehr geltend machen kann, oder ob +

ihnen keine Gesichtspunkte für das Verhältnis von Gefahrübergang und Wandelungsrecht nach zufälligem Untergang der verkauften Sache gewonnen werden können.

Den nach § 467 i.V.m. § 350 BGB gegebenen Zusammenhang zwischen Gewährleistung für Sachmängel und Gefahrübergang versucht Schwenn [1] dadurch aufzuheben, daß er den Geltungsbereich des § 350 BGB allgemein einschränkt: Nach den Motiven sei der Grund für die Regelung des § 350 BGB gewesen, daß sich die Parteien aufgrund des Rücktritts in den früheren Zustand zurückzuversetzen hätten. Die Verfasser des BGB seien hierbei davon ausgegangen, daß die vom zufälligen Untergang betroffene Sache auch beim Geber (dem Verkäufer) untergegangen wäre. Daraus sei zu folgern, daß der Rücktritt nur in den Fällen möglich sei, in denen erwiesenermaßen die Sache auch beim Verkäufer untergegangen wäre.

Dieser von Schwenn für § 350 BGB entwickelte Grundsatz wurde von Doster [2] auf die Lieferung einer mit einem Sachmangel

---

mit der Verjährung die Gefahr auf den Käufer übergehen soll. Außerdem erhebt sich die Frage nach der Berücksichtigung des Satzes "cuius est periculum eius est commodum", der gem. § 446 Abs. 1 Satz 2 auch für das BGB gilt (Wismeyer S. 37). Ohne die Vorschrift des § 446 Abs. 1 Satz 2 BGB müßten die Nutzungen dem Verkäufer zustehen, wenn man den Gefahrübergang verneint. Der Käufer, der sich im Besitz der Sache befindet, ist aber in aller Regel Eigentümer der gekauften Sache und deshalb auch Eigentümer der Früchte geworden. Sobald sich der Verkäufer auf die Mangelhaftigkeit der Sache berufen würde, wäre nun der Käufer obligatorisch verpflichtet, dem Verkäufer alle Früchte und sonstigen Nutzungsvorteile herauszugeben, auch wenn er selbst den Wandelungsanspruch wegen Verjährung nicht mehr geltend machen könnte.

1) AcP 152, 138 ff.
2) Seite 31.

behafteten Sache angewandt. Dies führte dazu, die Rücktrittsmöglichkeit nach §§ 467, 350 BGB auf die Fälle zu beschränken, in denen der Untergang der mangelhaften Sache durch den Mangel verursacht worden ist. Gelänge dem Verkäufer der Nachweis, daß die Sache auch untergegangen wäre, wenn sie mangelfrei geliefert worden wäre, so könnte nach dieser Auffassung der Käufer entgegen dem Wortlaut des § 350 BGB sein Wandelungsrecht nicht mehr ausüben.

Eine derartige Umgehung des Gesetzeswortlautes ist nicht möglich [1]. Diese Auffassung wurde aus diesem Grunde, soweit ersichtlich, bisher in der Literatur auch von niemanden übernommen. Deshalb muß als Ergebnis festgehalten werden, daß beim Vorliegen von Sachmängeln das dem Käufer zustehende Wandelungsrecht gem. §§ 467, 350 BGB durch den zufälligen Untergang der verkauften Sache nicht berührt wird.

Die Konsequenz aus dieser Feststellung wäre, daß die Gefahr des zufälligen Untergangs bei sachmangelhafter Lieferung beim Verkäufer verbleibt. Diese Folgerung wird allerdings nur teilweise gezogen, weil andere Gründe es angemessener erscheinen lassen, den Gefahrübergang auch bei Lieferung einer mit einem Sachmangel behafteten Sache hinzunehmen. Dies ist bei der Gewährleistung für Sachmängel unschädlich, nachdem der Gesetzeswortlaut durch die §§ 467, 350 BGB eine eindeutige Regelung ergibt und andere Ansprüche vom Gefahrübergang nicht beeinträchtigt werden.

---

1) So bezeichnet Siber (Schuldr. S. 227 Anm. 11) das Rücktrittsrecht des Käufers zwar als bedenklich; es sei aber durch keine Auslegung zu entfernen.

B) Die Gewährleistung für Rechtsmängel nach dem zufälligen Untergang der Sache.

§ 7 Die Ansprüche des Käufers bei rechtsmangelhafter Lieferung.

Der Verkäufer ist nach §§ 433 BGB verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an dem verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können. Eine Verletzung dieser Rechtsverschaffungspflicht ist gegeben, "wenn der Käufer infolge mangelnder Berechtigung des Verkäufers weniger an Recht erhält, als ihm der Verkäufer nach dem Kaufvertrag insbesondere nach den §§ 433, 434, 436 BGB zu verschaffen verpflichtet ist" [1].

Die Lieferung einer mit einem Rechtsmangel behafteten Sache ist, wie oben ausgeführt [2], teilweise Nichterfüllung einer Leistungsverpflichtung. Da der Verkäufer mit der Verpflichtung zur Leistung gleichzeitig die Garantie für seine Leistungsfähigkeit übernimmt, hat er für die Rechtsmängelfreiheit nach Garantiegrundsätzen einzustehen und muß diese teilweise Unmöglichkeit immer vertreten [3]. Der Käufer kann deshalb nach § 325 Abs. 1

---

1) Larenz II, S. 25.
2) Siehe oben S. 20.
3) Herrschende Meinung: RG 69, 355; 73, 211; 81, 61; 80, 247; OLG 3, 8; 9, 282; OLG Hamburg in Seuff 56, Nr. 244 S. 441; 71 Nr. 55 S. 96;
BGH 2, 335; 5, 337; 8, 223 (und in Betrieb 1953, Nr. 6 S. 123); Bayr. OLGZ 1955 H. 1 S. 1 (weitere Rechtspr. bei Warneyer § 306). Biermann AcP 91, 92 ff; Cosack I § 156 I 2 S. 418; Crome, System II § 166 I 2 Anm. 25 S. 160; Endemann I § 124 1 d S. 695; Enn.-Lehmann § 29 II 2 S. 133; +

Satz 2 BGB, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 BGB verlangen oder vom ganzen Vertrag zurücktreten. Der Schadensersatzanspruch wird allerdings durch § 440 Abs. 2 BGB modifiziert, während auf das Rücktrittsrecht § 327 BGB Anwendung findet.

1.) Der Einfluß von § 327 BGB auf das Rücktrittsrecht des Käufers.

In ausdehnender Auslegung von Satz 2 dieser Vorschrift hat sich als allgemeine Ansicht durchgesetzt, daß derjenige, der die Rücktrittsursache nicht zu vertreten hat, nur nach Bereicherungsgrundsätzen haftet, gleichgültig wer den Rücktritt erklärt [1].

Fischer, Festschrift für Amsberg S. 13; Henle, Schuldrecht S. 175; Kisch, Krit VJSchr. 44, 550 ff; Kleineidam, Unmögl. S. 46 ff; Jher Jb 43, 126 ff; Larenz I S. 64; Mittelstein S. 176 f; Molitor I S. 67; Motive II S. 45; Palandt § 306, 3; RGRK BGB§306, 2; RGRK HGB III Vorbem. 59 zu § 373; Schöller Gruch 46, 4; Schollmeyer, Komm. § 306, 1; Soergel Vorbem. 2 zu § 275; Staub HGB Anhang zu § 374, 46 a; Staudinger § 306, 1 b; Warneyer § 306, 1; Windscheid § 315 Anm. 1; Rhode S. 37.
Mit anderer dogmatischer Begründung: Kreß, Schuldrecht S. 113; Leonhard, Schuldrecht I S. 314, 316; mit Einschränkung wegen andersartiger Systematik: Brecht Jher Jb 53, 295; Oertmann, Komm. § 306, 1 b; AcP 140, 147.

1) RG 130, 123; 116, 379; BGH 6, 320; Böhmer JZ 53, 393 (entgegen seiner ablehnenden Auffassung in JZ 52, 588); Erman § 327, 2; Heck, Schuldrecht S. 156; Larenz I 2. Aufl. S. 2 (die in der ersten Aufl. S. 228 Anm. 1 vertretene gegenteilige Ansicht wurde ausdrücklich aufgegeben); Mezger JZ 53, 67; Palandt § 327, 2; RGRK § 327, 2; § 440, 12; Soergel § 327, 1; Wolf AcP 153, 97 ff.
Anderer Ansicht: Blomeyer, Schuldrecht S. 237. Dieser hält das bei Anwendung von Bereicherungsrecht entstehende Ergebnis für unannehmbar, wenn der Gegner den Rücktrittsgrund zu vertreten hat.

Der Grund für diese Haftungserleichterung wird darin gesehen, daß das Rücktrittsrecht zu Gunsten des Rücktrittsberechtigten gegeben sei, weil der Verkäufer die Störung des Vertragsverhältnisses zu verantworten habe. Der Käufer soll wegen des von ihm erklärten Rücktritts weder Vorteile noch Schaden haben [1].

Der Käufer hätte somit nach Erklärung des Rücktritts gem. §§ 325 Abs. 1 Satz 2, 327, 818 Abs. 3 BGB die empfangene Sache herauszugeben oder deren Wert zu ersetzen, soweit er nach deren zufälligem Untergang noch bereichert ist. Durch den zufälligen Untergang der Sache wäre die Bereicherung des Käufers in dem Umfang weggefallen, als er die Sache für die Zukunft nicht mehr nutzen könnte. Er bliebe bereichert um den Wert der Nutzung der Sache bis zu ihrem zufälligen Untergang.

Dieser Wegfall der Bereicherung muß im Zusammenhang mit §§ 350, 351 BGB gesehen werden. Nach diesen Vorschriften wird das Rücktrittsrecht vom zufälligen Untergang der zurückzugewährenden Sache nicht berührt [2]. Durch die Anwendung der Bereicherungsvorschriften sollte eine Besserstellung des Rücktrittsberechtigten gegenüber dem nach den schärferen Rücktrittsvorschriften der §§ 346 ff BGB haftenden Rücktrittsgegner erreicht werden. Wenn also schon demjenigen, der nach den Rücktrittsvorschriften haftet, seine Rückgewähransprüche grundsätzlich wegen des zufälligen Untergangs der gekauften Sache nicht genommen werden sollten, so muß dies erst recht für den nach Bereicherungsrecht Haftenden gelten. Der Wegfall der Bereicherung beim Käufer muß danach immer bejaht werden, wenn

---

1) Palandt § 818, 1.
2) Siehe im einzelnen unten S. 42 ff.

gem. § 350 BGB die Geltendmachung des Rücktrittsrechts möglich ist.

Ob dem Käufer noch weitergehende Vorteile einzuräumen wären, kann zunächst offengelassen werden. Auf jeden Fall darf die Haftungserleichterung durch Anwendung des § 327 BGB dem Käufer gegenüber der Anwendung der Rücktrittsvorschriften keine Nachteile bringen. Eine gegenteilige Auffassung ist, soweit ersichtlich, auch noch nirgendwo vertreten worden. Bei den weiteren Erörterungen wird daher der Einfluß des zufälligen Untergangs der zurückzugewährenden Sache auf das Rücktrittsrecht im Rahmen der §§ 350, 351 BGB untersucht.

2.) Das Verhältnis von Rechtsmängelhaftung und Gefahrübergang.

Die durchaus überwiegende Meinung nimmt an, die Gewährleistung für Rechtsmängel und die Gefahrtragung seien zwei selbständige Rechtsinstitute, die nichts miteinander zu tun hätten und die sich gegenseitig nicht beeinflußten [1]. Die Gefahrtragung betreffe nur das Verhältnis von Kaufpreisanspruch und zufälligem Untergang nach der Übergabe. Der Käufer müsse sich nach dem Gefahrübergang bezüglich seiner Kaufpreiszahlungspflicht so behandeln lassen, wie wenn er die Sache noch in dem

1) Direkt angesprochen wird diese Frage in: RG 93, 331;RGRK § 446, 13 unter Hinweis auf die obige Entscheidung des RG; Staudinger § 440, 22 und 30, wo ausgeführt wird, diese Frage sei jetzt unstreitig, nachdem im RGRK die gegenteilige Meinung aufgegeben worden sei.
Vgl. weiter die Diss.: Atzler S. 42; Behlau S. 22; Berndt S. 80 ff; Böttge S. 31; Eckhardt S. 42; Froelich S. 16; Hogrewe S. 17; Koch S. 28; Kramer S. 126; Meyer S. 32; Stern S. 55; Vollmer S. 47 ff; Wismeyer S. 35.

Zustand hätte, in welchem sie ihm vom Verkäufer übergeben worden sei. Müßte er nicht bezahlen, auch wenn er die Sache in diesem Zustand noch hätte, so müsse er auch dann nicht bezahlen, wenn sie zufällig zugrundegegangen oder schlechter geworden sei [1]. Welche Ansprüche daneben dem Verkäufer und dem Käufer noch zustünden, sei zwar für die gegenseitigen Forderungen, nicht aber für die Gefahrtragung relevant. Es könne sehr wohl sein, daß der Käufer die Gefahr trage, er aber trotzdem Gewährleistungsansprüche habe, durch die sich seine trotz zufälligen Untergangs bestehende Zahlungsverpflichtung vermindern könne oder durch die sie aufgehoben werde. Auch aus den Protokollen [2] sei zu entnehmen, daß der Gefahrübergang die Erhebung von künftigen Schadensersatzansprüchen nicht allgemein verhindern sollte [3].

Ein Ansatzpunkt für die Kritik dieser Auffassung zeigt sich vor allem in dem Satz, der Käufer müsse sich so behandeln lassen, wie wenn er die Sache noch in dem Zustand in Besitz hätte, in welchem sie ihm vom Verkäufer übergeben worden sei. Der Trennung von Gewährleistung und Gefahrtragung steht hier § 440 Abs. 2 BGB entgegen. Diese Bestimmung macht die Entstehung [4] und die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches von der Rückgabe der Kaufsache an den Eigentümer bzw. den Verkäufer oder von ihrem zufälligen Untergang abhängig. Diese Schwierigkeit versuchen die Autoren, welche die Unabhängigkeit von Gefahrtragung und Gewährleistung bejahen, dadurch zu umgehen,

---

1) Wismeyer S. 36, 59.
2) Prot S. 1723 ff.
3) Ausführl. Wismeyer S. 35 ff.
4) So auch Larenz II S. 30 Anm 2: "M. E. entsteht hier jedoch der Ersatzanspruch erst gerade mit dem Untergang der Sache ..." Ähnlich Vollmer S. 50.

daß sie den dem Käufer nach § 440 Abs. 2 BGB zustehenden Schadensersatzanspruch auf den durch den Rechtsmangel als solchen verursachten Schaden beschränken [1].

Diese Beschränkung des Schadensersatzanspruchs kann aber die übrigen nach den §§ 433, 434, 440 Abs. 1 BGB gegebenen Berührungspunkte von Gefahrtragung und Rechtsmängelhaftung nicht beseitigen:

a) Gem. §§ 325 Abs. 1 Satz 2, 346, 350 BGB steht dem Käufer ein Rücktrittsrecht zu. Inwieweit bezüglich des Haftumfanges gem. §§ 327, 818 Abs. 3 BGB eine weitergehende Besserstellung des Käufers vorliegt, soll offengelassen werden.
b) Der Käufer hat gem. § 320 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht, auf welches, da eine teilweise Nichterfüllung seitens des Verkäufers vorliegt, § 320 Abs. 2 BGB anzuwenden ist.

Ob diese Ansprüche des Käufers den Gefahrübergang beim Vorliegen von Rechtsmängeln beeinflussen können, soll im folgenden untersucht werden.

§ 8 Das Rücktrittsrecht des Käufers bei Lieferung einer rechtsmangelhaften Sache.

Wenn die dem Käufer übergebene Sache mit einem Rechtsmangel behaftet ist, hat der Käufer gem. §§ 325 Abs. 1 Satz 2, 327 BGB

---

1) So auch Staudinger § 440, 30, wenn er sagt, ein Einbruch in § 446 BGB sei durch § 440 Abs. 2 BGB nicht gegeben, weil ein Anspruch auf das volle Erfüllungsinteresse nicht bestehe, (weil der Schadensersatzanspruch sich nur auf den durch den Rechtsmangel als solchen verursachten Schaden beziehe).

ein Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag. Dieses Rücktrittsrecht wird nach § 350 BGB "nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist".

1.) Die Ausgestaltung des § 350 BGB durch Lehre und Rechtsprechung.

Der dieser Bestimmung zugrunde liegende Gedanke, daß der zufällige Untergang der gelieferten Sache den Rücktritt nicht ausschließen dürfe, ist in der Literatur und Rechtsprechung im Grunde anerkannt, wenn auch seine uneingeschränkte Verwirklichung in § 350 BGB überwiegend [1], zum Teil sehr heftig [2] kritisiert wurde.

Die Kritik erfolgte in erster Linie für die zwei Fallgruppen, daß sich der Rücktritt zu Ungunsten des Rücktrittsberechtigten auswirkt und daß der Rücktrittsberechtigte in schuldloser Unkenntnis seines Rücktrittsrechts den Untergang oder die Verschlechterung der Sache herbeigeführt hat.

---

1) Bähr Krit. VJSchr 30, 384; Endemann I § 148 S. 853 Anm. 37; Enn.-Lehmann § 39 II S. 169; Esser S. 172; Hedemann S. 168; Heck, Schuldrecht S. 52; Kohler II § 66 IV 2 S. 180; Laband AcP 74, 49; Larenz II S. 30; Leonhard, Schuldrecht I S. 412; Oertmann, Komm. § 350, 1 a; § 348, 4; § 440, 2 c, 3; Palandt § 350, 1; § 351, 2; Planck § 350; Siber, Schuldrecht S. 227 Anm. 11; Staudinger 9. Aufl. § 350, 2 und 3; Warneyer § 350, 2; Wolf AcP 153, 140; Schwenn AcP 152, 143.

2) So bezeichnet Leonhard aaO die Regelung als "gänzlich verfehlt", nach Bähr aaO widerspreche sie "dem natürlichen Rechtsgefühl" und Laband aaO bezeichnet sie als "in unlösbarem Widerspruch zu den sonstigen Vorschriften über Gefahrtragung" stehend. Vgl. Schwenn AcP 152, 143.

Wenn sich der bereits erklärte Rücktritt zum Nachteil des Rücktrittsberechtigten (bei Gewährleistungsansprüchen somit des Käufers) auswirkt, wird eine Korrektur des § 350 BGB allgemein bejaht für den Fall, daß die Sache vor Abgabe der Rücktrittserklärung zufällig untergegangen war und der Rücktrittsgegner deshalb von seiner Rückgabepflicht befreit wurde [1].

Diese auf dem Wegfall der Geschäftsgrundlage basierende Einschränkung des § 350 BGB ist für den Zusammenhang von Gewährleistung und Gefahrübergang deshalb ohne Bedeutung, weil bei der vorliegenden Untersuchung der Fall interessiert, daß die vom Verkäufer gelieferte Sache und nicht der an den Verkäufer gezahlte Kaufpreis zufällig untergegangen ist.

Um so wichtiger ist aber die zweite Fallgruppe, für welche eine eingeschränkte Auslegung des § 350 BGB gefordert wird. Es handelt sich hier um den Fall, daß der Käufer die Sache ohne Kenntnis von seinem Rücktrittsrecht verbraucht oder anderweitig den Untergang verursacht hat. Hier hat sich im Anschluß an eine Entscheidung des BGH vom 28.3.1951 [2] eine sehr lebhafte

---

1) Eine Meinung (Oertmann, Komm. § 350, 1 b; Blomeyer, Schuldrecht S. 234) billigt dem Rücktrittsberechtigten ein Anfechtungsrecht wegen Erklärungsirrtum zu, weil sich hier der Rücktretende über den Gegenstand der ihm aus dem Rücktritt erwachsenen Berechtigung, also in einem freieren Sinn auch über den Gegenstand der Erklärung selbst geirrt habe. Nach richtiger Ansicht (Staudinger § 350 Anm. 2; Lehmann DRZ 1949, 281) liegt aber in diesen Fällen ein Motivirrtum vor, der im Rahmen des § 119 BGB zur Anfechtung nicht berechtigt.
Staudinger aaO gewährt dem Rücktrittsberechtigten das Recht, die Rücktrittserklärung zu kondizieren, "weil der mit ihr nach ihrem Inhalt bezweckte Erfolg (Erwerb eines Anspruchs auf Rückgewähr) nicht eingetreten ist (§ 812 Abs. 1 Satz 2 BGB)".

2) BGH 5, 337.

Diskussion über diese Frage entwickelt [1], als deren Ergebnis die herrschende Meinung festgehalten werden darf [2]:

DerAusschluß des Rücktrittsrechts wegen verschuldeter Unmöglichkeit der Rückgabe nach § 351 BGB erfordert nicht echtes, schuldhaftes Handeln im Sinne der Verletzung einer schuldrechtlichen Verpflichtung; es genügt untechnisches "Verschulden", d.h. zweckgeleitetes, freies zurechenbares Tun, welches die Unmöglichkeit der Rückgabe verursacht hat. Der eigentliche Grund des Ausschlusses des Rücktrittsrechts ist in einem "venire contra factum proprium" des Rücktrittsberechtigten zu sehen [3]. Der Rücktrittsberechtigte handelt wider Treu und Glauben, wenn er vom Gegner die Rückgewähr verlangt, obwohl er die Rückgabe durch sein Handeln unmöglich gemacht hat [4]. Wird die Rückgabe allerdings dadurch unmöglich, daß der Käufer die Sache an den Eigentümer oder den Verkäufer zurückgibt, ist der Rücktritt dennoch zulässig [5].

Die Beschränkung des § 350 BGB durch den Grundsatz von Treu und Glauben umfaßt nicht die Fälle, in denen die Sache untergegangen ist, bevor sie vom Käufer genutzt werden konnte. Hier ist bei Zugrundelegung der in der neuen Literatur ausschließlich vertretenen, oben dargestellten Auffassung ein uneinge-

---

1) Böhmer JZ 52, 512 u. 588; 53, 392; Mezger JZ 53, 67; NJW 53, 812; Werner NJW 52, 930; Wolf NJW 53, 164 und AcP 153, 97.
2) Abweichende Ansichten vgl. Oertmann Komm. § 351, 1 und dort zitierte Literatur; Planck § 350, 1.
3) Wolf AcP 153, 135 ff; Larenz I S. 246; Enn.-Lehmann § 39 II 1 d S. 169; Böhmer JZ 52, 512; 53, 393; Oertmann § 351, 1.
4) So Larenz I S. 246; Enn.-Lehmann § 39 II S. 170.
5) BGH 5, 337; BGH in MDR 55, 279; Larenz I S. 247. Diese Fälle können in dieser Arbeit außer Betracht bleiben.

schränktes Rücktrittsrecht des Käufers gegeben; denn ein treuwidriges Verhalten des Käufers kann nur insoweit angenommen werden, als er die Sache zunächst abnützt oder verbraucht und dann vom Verkäufer den gesamten Kaufpreis zurückverlangt.

2.) Versuche einer weitergehenden Beschränkung des Rücktrittsrechts.

Unabhängig von diesen Einschränkungen des Rücktrittsrechts versucht Schwenn [1] eine einengende Auslegung des § 350 BGB unter einem anderen Gesichtspunkt vorzunehmen: Er gesteht das Rücktrittsrecht nur dann zu, wenn die Sache beim Gegner des Rücktrittsberechtigten, also beim Verkäufer, auch untergegangen wäre. Diese Lösung wurde in den Beratungen der zweiten Kommission zur Ausarbeitung des BGB ebenfalls erörtert, aber dann abgelehnt, weil die Frage "ob das den Untergang der Sache bewirkende Ereignis auch beim Gegner eingetreten wäre, schwer zu entscheiden sei"[2]. Dieses Argument hält Schwenn nicht für stichhaltig und wendet die vom Gesetzgeber abgelehnte einengende Auslegung trotzdem de lege lata an. Als Begründung führt er aus, die Rücktrittsvorschriften verfolgten nach Ansicht der Verfasser des BGB [3] den Zweck, die Parteien in den früheren Zustand zurückzuversetzen. Deshalb müsse der Rücktrittsberechtigte so gestellt werden, als wenn er sich nicht auf den Vertrag eingelassen hätte. Eine weitergehende Begünstigung des Rücktrittsberechtigten sei mit diesem Grundgedanken nicht vereinbar.

---

1) AcP 152, 147 ff.
2) Mugdan II S. 275.
3) Mugdan II S. 156.

Beim Verkäufer untergegangen wäre die Sache in der Regel nur dann, wenn sie ihr natürliches Ende gefunden hätte, z.B. wenn das altersschwache Pferd gestorben oder eine Ware verdorben wäre. In den Fällen, deren Lösung hier vor allem gesucht wird, wäre die Sache im Zweifel beim Verkäufer nicht untergegangen, so daß dem Käufer im Normalfall ein Rücktrittsrecht nicht zustände. Dies wäre aber mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar.

Der einzige Autor, der den Zusammenhang zwischen Gewährleistungsansprüchen und Gefahrtragung für die Auslegung des § 350 BGB auf der Grundlage der reinen Besitzverschaffungstheorie herangezogen hat, ist Adler [1]. Nach seiner Ansicht müßten die Regeln über die Gefahrtragung beim Kauf als Spezialvorschriften die allgemeinen Rücktrittsregeln brechen. Das bei der Wandelung und beim vertragsmäßigen Rücktrittsrecht dem Käufer auch nach eingetretener Gefahr zustehende Rücktrittsrecht zeige den Grundsatz, daß der Rücktritt auch nach Eintritt der Gefahr, also auch nach zufälligem Untergang möglich sei. Der Rücktritt sei aber nur möglich, "obwohl die Gefahr eingetreten ist, nie aber weil die Gefahr eingetreten ist". Dieser Gesichtspunkt führe in zwei Fällen zu einer Beschränkung des Rücktrittsrechts:
Bei teilweiser Nichterfüllung der Lieferungspflichten des Verkäufers trage der Käufer nach der besitzverschaffenden Übergabe die Gefahr des zufälligen Untergangs für die Teillieferung. Deshalb habe der Käufer, wenn ihm die restliche Lieferung rechtswidrig vorenthalten werde und er deshalb den Rücktritt erkläre, kein Recht, diesen Rücktritt auf den gelieferten Teil zu erstrecken, nachdem dieser bei ihm zufällig untergegangen

---

1) ZHR 72, 393 ff.

sei. Die Trennung der Ansprüche bringe ihm jetzt zu dem Schaden des Untergangs, den er selbst zu tragen habe, keinen Nachteil mehr. Die allgemeinen Rücktrittsregeln, somit auch § 350 BGB, seien insoweit durch § 446 BGB als lex specialis ausgeschlossen.

Der Verkäufer habe zu einem wesentlichen Teil erfüllt; daß diese teilweise Erfüllung nun wegen des zufälligen Untergangs für den Käufer kein Interesse mehr habe, dürfe der Käufer nicht geltend machen, weil das mangelnde Interesse auf einem Umstand beruhe, dessen Gefahr er selbst trage [1]. Der Rücktritt dürfe nicht darauf gestützt werden, daß der Käufer infolge des Untergangs der gelieferten Teilmenge an der restlichen Lieferung kein Interesse mehr habe. Das Gesetz gestatte die Erstrekkung des Rücktritts nur, um den Käufer von dem durch die Teilung des Vertrags drohenden Schaden zu entlasten.

Diese Einschränkung des Rücktrittsrechts mag bei teilweiser Nichterfüllung, die auf tatsächlicher Teillieferung beruht, insbesondere beim Sukzessivlieferungsvertrag [2] angebracht sein. Sie kann jedoch auf die rechtsmangelhafte Lieferung nicht übertragen werden.

Bei rechtsmangelhafter Lieferung würde die Argumentation Adlers bedeuten, daß der Rücktritt nicht deshalb erklärt werden darf, weil die nachträgliche Verschaffung des Eigentums wegen des Untergangs der Sache für den Käufer kein Interesse mehr hat. Der Rücktritt dürfte auf die rechtsmangelhafte Lieferung nur erstreckt werden, solange diese noch nicht untergegangen

---

1) aaO S. 406.
2) Vgl. z.B. Staudinger § 440, 15.

ist. Nach dem zufälligen Untergang der Sache wäre ein Rücktritt wegen Nichtverschaffung des Eigentums nicht mehr möglich, weil das mangelnde Interesse auf einem Umstand beruhte, dessen Gefahr der Käufer selbst tragen würde. Das Ergebnis wäre ein völliger Ausschluß des Rücktrittsrechts nach dem zufälligen Untergang der Sache.

Bei teilweisem Untergang der Sache z.B. durch ihre Abnutzung versagt die Konstruktion Adlers. In diesen Fällen könnte Adler das Rücktrittsrecht des Käufers nicht ausschließen, weil das mangelnde Interesse des Käufers immer anerkannt werden müßte, solange noch der Herausgabeanspruch des Eigentümers zu gewärtigen wäre. Der auf der Gefahrtragung aufbauende Grundgedanke seiner Argumentation müßte aber auch beim teilweisen Untergang der Sache zum Tragen kommen. Dieser Umstand zeigt, daß die Regelung des Gefahrübergangs beim Kauf nicht als Spezialvorschrift gegenüber den Rücktrittsregeln der §§ 350, 351 BGB angesehen werden kann.

Die zweite Ausnahme Adlers von dem Grundsatz, daß trotz Untergangs der Sache der Rücktritt erklärt werden könne, hat geringere praktische Bedeutung. Diese sei gegeben, "wenn die Gefahr infolge (nicht bloß während) des Annahmeverzugs eingetreten ist" [1]. Bei verschuldetem Annahmeverzug greife § 351 BGB Platz, bei unverschuldetem widerspreche es der Absicht des Gesetzes, daß der Verkäufer eine Gefahr trage, die ihn ohne den Annahmeverzug des Käufers nicht getroffen hätte.

Es ist Adler zuzugeben, daß der Rücktritt nicht deshalb erklärt

---

1) S. 398.

werden kann, weil infolge eines Umstandes, dessen Gefahr der Käufer trägt, z.B. zufälliger Untergang während des Annahmeverzugs, dem Käufer ein Rücktrittsrecht erwachsen würde. Wie unten [1] auszuführen sein wird, kommt jedoch der Käufer überhaupt nicht in Annahmeverzug, wenn er die rechtsmangelhafte Lieferung des Verkäufers nicht annimmt.

Außerdem spricht noch ein aus § 348 Satz 2 BGB zu entnehmendes Argument gegen die von Adler vorgenommene Beschränkung des Rücktrittsrechts. Diese Vorschrift besagt, daß die §§ 320, 322 BGB auf die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen entsprechende Anwendung finden. Auf § 323 BGB wird diese Verweisung nicht erstreckt. Daraus läßt sich der Schluß ziehen, daß auf die Rückgewähransprüche das in § 323 BGB ausgesprochene Prinzip der gegenseitigen Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung keine Anwendung findet [2]. Der Käufer kann also seine Leistung, den Kaufpreis, zurückfordern, auch wenn er den Rückgewähranspruch des Verkäufers auf Rückgabe der Kaufsache nicht mehr erfüllen kann [3].

3.) Der Umfang der Rückgewähransprüche.

Dazu sei ein von Dernburg gebildetes Beispiel [4] angeführt: Kaufgegenstand ist ein gestohlenes Pferd, das 5 Jahre lang genutzt wird und dann krepiert. Jetzt erklärt der Käufer den Rück-

---

1) Siehe unten S. 119 ff.
2) Schwenn S. 140; Lehmann DRZ 49, 281; Larenz I S. 245; Blomeyer S. 234; letztere gegen Wolf AcP 153, 120 ff, 142 ff, der die Anwendung von § 323 BGB befürwortet.
3) Die Beweisführung Adlers wird auch von Vollmer S. 47 ff u. Hogrewe S. 13 ff ausführlich widerlegt.
4) 1. und 2. Aufl. § 181 Anm. 5 S. 44.

tritt wegen des Nichtrechts des Verkäufers zur Zeit der Übergabe.

Hier erscheint es nicht gerechtfertigt, daß der Käufer durch Geltendmachung seines Rücktrittsrechts den Schaden auf den gutgläubigen Verkäufer zurückwälzen können soll, nachdem er sich durch die Nutzung des Pferdes anderweitige Auslagen erspart hat. Dernburg meinte in diesem Fall den Schadensersatzanspruch des Käufers gem. § 440 Abs. 2 BGB ausschließen zu können, indem er sagte, ein Schaden würde hier nicht entstehen, weil Pferde sterblich seien. Für das Rücktrittsrecht paßt diese Argumentation jedoch nicht. Ähnlich sagt Crome [1], wenn die Gewährleistungsfrage nicht zur Erledigung komme, sei sie dadurch "schließlich einmal abgetan". Das ist aber eine Frage der Anspruchsverjährung. Die Verjährungsfrist beträgt mangels besonderer Vorschriften 30 Jahre [2].

Zu einem billigen Ergebnis kommt man für dieses Beispiel ohne weiteres durch die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften: Der Käufer hat bei rechtsmangelhafter Lieferung ein Rücktrittsrecht nach §§ 325, 327 BGB. Da der Käufer den Umstand, wegen dessen er den Rücktritt erklärt, nicht zu vertreten hat, haftet er nach der allgemein anerkannten Auslegung des § 327 BGB nach Bereicherungsrecht [3]. Die Verpflichtung des Käufers zur Rückgewähr der empfangenen Kaufsache wird nach § 818 Abs. 3 BGB durch den Wegfall der Bereicherung begrenzt. Nach dem Tod des Pferdes ist der Käufer noch insoweit bereichert, als er durch die Nutzung des Pferdes anderweitige Aufwendungen erspart hat.

---

1) System II § 219, 2 Anm. 10 S. 418.
2) Staudinger § 440, 34.
3) Siehe oben Seite 38 f.

Deshalb führt die Berücksichtigung ersparter Aufwendungen dazu, daß sich der Käufer den Wert der Nutzungen auf seinen Rückgewähranspruch, der sich nach §§ 346 ff BGB richtet, anrechnen lassen muß. Wenn jemand eine Sache in vollem Umfang verwertet, z.B. ein Pferd bis zu seinem natürlichen Ende genutzt oder Benzin verbraucht hat, entspricht die vom Käufer zu zahlende Nutzungsvergütung in der Regel dem Kaufpreis, so daß der Käufer vom Verkäufer nichts mehr zurückerhält. Anders ist das Ergebnis, wenn der Käufer aus der gekauften Sache noch keinen Nutzen ziehen konnte. Hier hat er durch die Nutzung der fremden Sache keine Aufwendungen erspart und kann somit den gesamten Kaufpreis vom Verkäufer zurückverlangen [1]. Ein billiger Ausgleich zwischen Verkäufer und Käufer ergibt sich somit über das Regulativ der Nutzungsvergütung.

4.) Die Auswirkungen des Rücktrittsrechts auf die Gefahrtragung.

Als Ergebnis bleibt für das Rücktrittsrecht des Käufers bei rechtsmangelhafter Lieferung festzuhalten:

Der Käufer hat gem. §§ 325, 327, 346 ff BGB ein Rücktrittsrecht, das nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 350 BGB durch den zufälligen Untergang der Sache nicht berührt wird. Ein Ausschluß des Rücktrittsrechts kann sich nur im Einzelfall ergeben, wenn Umstände vorliegen, welche die Geltendmachung des Rücktrittsrechts als gegen Treu und Glauben verstoßend erscheinen lassen. Hier findet § 351 BGB Anwendung, wenn der Käufer durch freies, zurechenbares Tun die Verschlechterung oder den Untergang der gekauften Sache herbeigeführt hat. Im

1) Im einzelnen siehe unten S. 81 ff.

übrigen findet der Interessenausgleich über eine vom Käufer nach §§ 327, 818 Abs. 3 BGB zu zahlende Nutzungsvergütung statt.

Eine Einschränkung des Rücktrittsrechts deshalb, weil mit der Besitzverschaffung die Gefahr des zufälligen Untergangs auch bei rechtsmangelhafter Lieferung auf den Käufer übergegangen sei, ist in der Rechtswissenschaft lediglich von Adler vertreten worden. Im Gegensatz zu ihm sieht aber die neuere Literatur und auch die Rechtsprechung einhellig in der Vorschrift des § 446 BGB keine Spezialregelung zu den §§ 346 ff BGB. Wenn auch die uneingeschränkte Verwirklichung des Rücktrittsrechts des Käufers bei zufälligem Untergang der gekauften Sache zum Teil sehr heftig kritisiert worden ist, so kann an der Gültigkeit des § 350 BGB dennoch nicht gezweifelt werden.

Der Käufer kann daher auch nach dem zufälligen Untergang der mit einem Rechtsmangel behafteten Sache den durch den Untergang entstandenen Schaden auf den Verkäufer zurückwälzen, wenn er von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch macht. Dieses Ergebnis wird auch von Autoren gebilligt, welche den Schadensersatzanspruch des Käufers gem. § 440 Abs. 2 BGB auf den durch den Rechtsmangel als solchen verursachten Schaden beschränken. So wird z.B. bei von Tuhr ausgeführt [1]: "Selbstverständlich bekommt der Käufer sein Geld zurück, aber nicht als Schadensersatz, sondern bei nichtverschafftem Eigentum nach § 323 Abs. 3 BGB, respektive durch Rücktritt nach § 325 Abs. 1 BGB...". Ähnlich äußert sich auch Leonhard [2]. Hieraus

1) Krit. VJSchr. 43, 584.
2) Schuldrecht II S. 43.

muß der Schluß gezogen werden, daß die Gefahr des zufälligen Untergangs beim Vorhandensein von Rechtsmängeln mit der Besitzübertragung noch nicht auf den Käufer übergeht.

Bei der Gewährleistung für Sachmängel wird die im Grunde inkonsequente Auffassung vertreten, die Gefahr gehe, zumindest beim Stückkauf [1], auch beim Vorliegen von Sachmängeln auf den Käufer über, obwohl er gem. §§ 467, 350 BGB auch nach dem Untergang der verkauften Sache noch wandeln kann. Der Grund hierfür ist die Aufrechterhaltung der dogmatisch klareren, uneingeschränkten Besitzverschaffungstheorie. Es sprechen im Bereich der Gewährleistung für Sachmängel auch viele Gründe für diese Lösung [2], zumal die gesetzliche Regelung der §§ 467, 350 BGB so eindeutig ist, daß Zweifel an der Zulässigkeit der Wandelung nach dem zufälligen Untergang der mangelhaft gelieferten Sache nicht aufkommen können. So wird auch ausdrücklich zugestanden, daß der Gefahrübergang für den Käufer unschädlich sei, weil sein Wandelungsrecht auch nach dem zufälligen Untergang der Sache davon nicht berührt werde [3].

Bei der Rechtsmängelhaftung ist eine solche Auffassung nicht tragbar, weil hier die herrschende Meinung den wichtigen Schadensersatzanspruch des Käufers wegen des Gefahrübergangs beschränkt und auch schon - von Adler - der Versuch unternommen wurde, das Rücktrittsrecht (ebenso wie das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB) entsprechend zu beschneiden.

Diese zwingende Verbindung von Rücktrittsrecht und Gefahr-

---

1) Vgl. Enn.-Lehmann § 103 II 1 c S. 405.
2) Vgl. oben S. 34.
3) Enn.-Lehmann § 103 II 1 c S. 405.

tragung betont auch Adler [1], indem er sagt: "Wer zum Rücktritt vom Kauf berechtigt ist, kann dadurch die Gefahr auf den Verkäufer zurückwälzen". Deshalb geht sein hauptsächliches Bemühen dahin, das Rücktrittsrecht des Käufers einer rechtsmangelhaften Sache auszuschließen, um dadurch die uneingeschränkte Besitzverschaffungstheorie nicht aufgeben zu müssen. Nachdem aber, wie oben ausgeführt wurde, ein Ausschluß des Rücktrittsrechts nicht angenommen werden kann, ist nur die Schlußfolgerung möglich, daß die Gefahr des zufälligen Untergangs bei der Übergabe einer mit einem Rechtsmangel behafteten Sache nicht auf den Käufer übergeht [2].

§ 9 Das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB.

Bei teilweiser Nichterfüllung der dem Verkäufer gem. §§ 433 ff BGB obliegenden Leistungsverpflichtungen hat der Käufer nach §§ 440 Abs. 1, 320 Abs. 2 BGB das Recht, die Zahlung des Kaufpreises insoweit zu verweigern, als die Verweigerung nicht nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Da bei rechtsmangelhafter Lieferung die Verletzung einer Hauptpflicht vorliegt [3], steht dem Käufer grund-

---

1) ZHR 72, 393.

2) Daß die Gefahr noch nicht auf den Käufer übergegangen ist, bejahen auch: RGRK 4. Aufl. § 440, 2; Windscheid-Kipp 9. Aufl. S. 682 unter Hinweis auf Oertmann, Komm. § 440, 3 c; Schwenn AcP 152, 140; Siber, Schuldrecht S. 227; Diss.: Lübbe S. 14.
Ebenso erklärt Endemann § 159 a S. 956 Anm. 51 (vgl. auch S. 949 Anm. 29): Der Käufer "trägt die Gefahr nicht, weil der Verkäufer ihm an einer abhanden gekommenen Sache gem. § 935 BGB Eigentum nicht verschaffen kann".

3) Siehe oben S. 20.

sätzlich das Recht zu, die Bezahlung des Kaufpreises zu verweigern, sofern er nicht vorleistungspflichtig und die Verweigerung nicht treuwidrig ist. Dieses Zurückbehaltungsrecht wird dem Käufer von der herrschenden Lehre auch ohne Einschränkung zugesprochen [1].

Adler [2] will dieses Recht mit derselben Begründung ausschliessen, mit der er dem Käufer das Rücktrittsrecht abspricht: § 446 BGB sei lex specialis zu den §§ 320 - 327 BGB. Der Verkäufer habe zu einem wesentlichen Teil erfüllt; daß die vollständige Erfüllung unmöglich geworden sei, dürfe der Käufer nicht geltend machen, denn dies beruhe auf einem Umstand, dessen Gefahr er selbst trage.

Für das Zurückbehaltungsrecht kann sich Adler auf § 320 Abs. 2 BGB berufen, der bei verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils das Leistungsverweigerungsrecht ausschließt, wenn seine Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Die verhältnismäßige Geringfügigkeit der teilweisen Nichterfüllung kann aber nicht ohne weiteres damit begründet werden, daß der Käufer die Gefahr des zufälligen Untergangs trage [3], (was eben zu beweisen ist), sondern muß zunächst geprüft werden im Verhältnis der Gesamtverpflichtung

---

1) Brox S. 26 ff; Emerich S. 50; Enn.-Lehmann § 107 I 1 S. 427; Larenz II S. 27; Palandt § 440, 1; RGRK § 440, 6; Regelsberger Jher Jb 40, 243 ff; Staudinger § 440, 10; RG 73, 211.

2) ZHR 72, 407, 410.

3) Adler S. 395: Rücktritt sei nur möglich, obwohl und nicht auch weil die Gefahr eingetreten sei. Dies bestärke die Auffassung, daß eine Geltendmachung des Rückbehaltungsrechts wegen zufälligen Untergangs der Sache gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

zur Teilleistung. In aller Regel ist jedoch die Nichtverschaffung des Eigentums beim Kauf keine unwichtige teilweise Nichterfüllung, sondern ein erheblicher Mangel der Leistung.

Auch kann nicht allgemein gesagt werden, der Käufer habe an der nachträglichen Eigentumsverschaffung durch den Verkäufer kein Interesse. Dem Käufer könnten z.B. Schadensersatzansprüche gem. § 823 BGB aus Verletzung des Eigentums entgehen, die seine Ansprüche aus der Verletzung des ihm vom Verkäufer übertragenen Besitzrechts übersteigen.

Die weiteren Bedenken Adlers gegen das Zurückbehaltungsrecht, es sei keine Ausgleichsmöglichkeit gegeben, wenn der Käufer die Sache jahrelang genutzt habe [1], sind ebenfalls nicht zutreffend. Dieser Ausgleich ist möglich. Da der Verkäufer teilweise geleistet hat, steht dem Käufer ein Leistungsverweigerungsrecht nur insoweit zu, als die Verweigerung nicht nach den Umständen gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Ein solcher Verstoß läge aber vor, wenn der Käufer nach jahrelanger Abnützung der Sache ein uneingeschränktes Rückbehaltungsrecht geltend machen würde. Der Grundsatz von Treu und Glauben fordert hier die Zubilligung einer Nutzungsentschädigung an den Verkäufer in der Höhe, die der tatsächlichen Nutzung durch den Käufer bis zum zufälligen Untergang der Sache entspricht. Bei dieser Beschränkung des Rückbehaltungsrechts, die sich aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, ist ein billiger Ausgleich zwischen den Interessen des Verkäufers und des Käufers gegeben.

Nach allem läßt sich aus § 320 BGB kein Argument dafür herleiten, daß die Gefahr mit der bloßen Besitzverschaffung auf

---

1) S. 402.

den Käufer übergehe. Vielmehr kommt man mit normaler Anwendung der gesetzlichen Vorschriften zu demselben Ergebnis, welches auch die Anwendung des § 350 BGB auf das Rücktrittsrecht des Käufers ergibt: Der Käufer kann seinen Kaufpreis insoweit zurückbehalten, als dies nicht gegen Treu und Glauben verstößt.

Unter welchen Umständen ein treuwidriges Verhalten des Käufers vorliegt, muß nach den von der herrschenden Lehre für §§ 350, 351 BGB entwickelten Grundsätzen beurteilt werden; denn es wäre nutzlos, dem Käufer das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 BGB abzusprechen, wenn er bei derselben Sachlage vom Vertrag zurücktreten könnte. Nach dem Grundsatz "dolo petit, qui petit, quod statim redditurus est", müßte die Kaufpreisklage des Verkäufers auch dann abgewiesen werden, wenn man ihm nur das Rücktrittsrecht, nicht aber auch das Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB zubilligen würde.

An der Auffassung der herrschenden Meinung, daß dem Käufer gem. § 320 Abs. 2 BGB bei rechtsmangelhafter Lieferung ein unbeschränktes Leistungsverweigerungsrecht zusteht, ist daher festzuhalten.

§ 10 Der Schadensersatzanspruch nach § 440 Abs. 2 BGB.

Der Umfang dieses Schadensersatzanspruchs ist in der Rechtswissenschaft strittig. Die herrschende Lehre [1] nimmt an, der

1) RG 117, 337; Adler ZHR 72, 401 ff; Crome System II § 219, 2 S. 439 f; Dernburg 3. Aufl. II 2 § 181 V 5, 9 S. 55; Düringer-Hachenburg, Einl. vor § 373, 168; Enn.-Lehmann 13. A. +

Schadensersatzanspruch des Käufers umfasse nur den durch den Rechtsmangel als solchen verursachten Schaden. Der durch den zufälligen Untergang entstandene Schaden sei, weil mit der Besitzverschaffung die Gefahr auf den Käufer übergegangen sei, vom Verkäufer nicht zu ersetzen. Deshalb habe der Käufer in der Regel infolge des Rechtsmangels überhaupt keinen Schaden erlitten, wenn er die Sache bis zu ihrem zufälligen Untergang genützt habe. Sein Vermögen sei nach dem zufälligen Untergang der Sache genauso groß, wie es sein würde, wenn die Sache ohne Rechtsmangel geliefert worden wäre. Er hätte auch nichts, wenn die untergegangene Sache vom Verkäufer rechtsmangelfrei geliefert worden wäre [1].

Ein durch den Rechtsmangel verursachter Schaden sei nur in Ausnahmefällen gegeben, z.B. wenn der Käufer die Sache weiterverkauft und dem Abkäufer gegen Rückgabe der Sache Schadensersatz geleistet habe [2], wenn der Käufer wegen des Rechtsmangels eines Anspruchs gegen den Zerstörer der Sache verlustig gehe [3] oder wenn ihm aus dem gleichen Grunde Nutzungen entgangen seien [4].

---

§ 107 II b S. 413; Larenz II S. 30; Leonhard, Schuldrecht II S. 38; Oertmann,Komm. (5. Aufl.) § 440, 2 c; Planck § 440, 5 e; § 446, 2 b; RGRK § 440, 2; Schubert S. 61; Staudinger § 440, 30; von Tuhr, KritVJSchr 43, 584; Warneyer § 446, 1; Wolf NJW 53, 168; Diss.: Lange S. 32 f.

1) Dieses Argument hat v. Tuhr in KritVJSchr 43, 584 zum ersten Mal herausgestellt, ebenso in GrünhZ 225, 548; vorher hatte Dernburg 1. u. 2. Aufl. § 181, 5 S. 44 das Problem angedeutet.
2) Staudinger § 440, 30; Düringer-Hachenburg, Einl. vor § 373, 168.
3) Düringer-Hachenburg aaO; Oertmann,Komm. (5. Aufl.) § 440, 2 c.
4) v. Tuhr aaO.

Demgegenüber betonen die Vertreter der Gegenmeinung [1], der dem Käufer zustehende Anspruch sei der Schadensersatzanspruch des § 440 Abs. 1,325 Abs. 1 Satz 2 BGB bei teilweiser Nichterfüllung von Leistungspflichten. Dieser sei beim Kauf beweglicher Sachen lediglich an die besonderen Voraussetzungen des § 440 Abs. 2 BGB geknüpft. Der Anspruch beziehe sich daher auf das volle Erfüllungsinteresse und umfasse allen durch den zufälligen Untergang der Sache entstandenen Schaden.

1) Der Umfang des auszugleichenden Schadens des Käufers.

Der Ausgangspunkt für die Auslegung des § 440 Abs. 2 BGB durch die herrschende Meinung ist der Kausalzusammenhang zwischen Verletzung der einzelnen vertraglichen Verpflichtung und dem dadurch entstandenen Schaden. Das Haftungsrecht des BGB werde vom Verursachungsprinzip beherrscht. Wenn Ursache des Schadens die mangelnde Eigentumsverschaffung sei, dann dürfe auch nur der durch diese Ursache hervorgerufene Schaden ersetzt werden, nicht aber auch der durch den zufälligen Untergang verursachte.

So argumentiert Adler, daß das Gesetz in § 440 Abs. 2 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung als "Ersatz des Schadens

---

1) Dernburg 1. und 2. Aufl. § 181, 5 S. 45; Enn.-Lehmann 14. und 15. Bearbeitung § 107 II b S. 429; Hellwig S. 84; Kisch, Unmögl. S. 62 Anm. 10; Kreß, Schuldrecht I S. 414; Martinius AfBR 17, 65 ff (teilweise dieser Ansicht); Oertmann, Komm. (1. und 4. Aufl.) § 440, 3 c; ZHR 93, 394; RGRK 4. Aufl. § 440, 2; 11. Aufl. § 440, 17; Schmidt AcP 152, 112 ff; Siber, Schuldrecht S. 227; Titze, Schuldverh. S. 156; Windscheid-Kipp II 9. Aufl. S. 682.

aus der Nichterfüllung der einzelnen Vertragspflicht "verstehe [1]. Auch von Tuhr [2] erklärt, man dürfe "nicht alle Ansprüche, die der Gläubiger infolge eines ihn schädigenden Ereignisses erwirbt, unter den Begriff des Schadensersatzes bringen, sondern nur die Ansprüche, deren Inhalt sich genau an den angerichteten Schaden anschließe (§ 249 BGB)" [3].

Diese Thesen entsprechen der allgemeinen Definition des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung, die dahingeht, daß der Käufer mit seinem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung in die Vermögenslage versetzt werden muß, in der er sich befinden würde, wenn der Vertrag richtig erfüllt worden wäre [4]. Es ist nicht zu bestreiten, daß dem Käufer, der die Sache bis zu ihrem zufälligen Untergang genutzt hat, bei mangelfreier Lieferung der Sachwert ebenfalls verlorengegangen wäre. Ohne Vorliegen eines Rechtsmangels wäre die Gefahr auf ihn übergegangen mit der Folge, daß er den durch den zufälligen Untergang entstandenen Schaden zu tragen hätte.

---

1) ZHR 72, 408 f unter Bezugnahme auf die Protokolle (Prot. S. 8438 f): Dem Käufer sei der Schaden zu ersetzen, "der diesem daraus entstehe, daß ihm nicht das volle Recht gewährt worden sei". Diese Auslegung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung vertritt Adler auch in AfBR 17, 136 ff.
2) Krit. VJSchr 43, 584; ähnlich Leonhard, Schuldrecht II S. 43.
3) Dies sei nicht der Fall z.B. bei den ädicilischen Klagen, bei denen der Käufer den ganzen Kaufpreis zurückverlangen könne, gleichgültig, ob der durch den Rechts- oder Sachmangel erlittene Schaden diesem Betrag tatsächlich entspreche (von Tuhr in GrünhZ 25, 548; ebenso Larenz II S. 30).
4) So die einhellige Definition des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung; vergl. Larenz I S. 153; Soergel § 326, 31; Wolf AcP 153, 116.

Dies wird von der Gegenmeinung auch zugegeben [1]. Es fragt sich aber, ob allein auf der Grundlage dieser allgemeinen Definition der Umfang des Schadensersatzanspruches nach § 440 Abs. 2 BGB geklärt werden kann, oder ob nicht die Auslegung dieser Vorschrift durch die Gefahrtragung entscheidend beeinflußt wird.

Im Normalfall einer teilweisen Nichterfüllung ist durch den Mangel der Leistung als solcher ein Schaden verursacht worden, der in dem Umfang ausgeglichen werden muß, daß der Berechtigte so zu stellen ist, wie wenn richtig erfüllt worden wäre. Demgegenüber hat die Verletzung der Rechtsverschaffungspflicht in den hier interessierenden Fällen nicht unmittelbar einen Schaden zur Folge; dieser muß auch nach der herrschenden Meinung ersetzt werden. Der Schaden, um den es hier geht, ist durch den zufälligen Untergang der Sache entstanden.

Die Verletzung der Rechtsverschaffungspflicht hat nach dem oben [2] Ausgeführten zur Folge, daß die Gefahr des zufälligen Untergangs beim Verkäufer verbleibt. Wenn der Käufer nach dem zufälligen Untergang der Sache vom Verkäufer wegen Verletzung der Rechtsverschaffungspflicht Schadenersatz wegen Nichterfüllung gem. § 440 Abs. 2 BGB verlangt und hierbei den gesamten Kaufpreis als Schaden einsetzt, will er nicht nur den durch den Rechtsmangel als solchen verursachten Schaden sondern Ausgleich dafür, daß er einen Schaden erlitten hat, den nach den Regeln der Gefahrtragung der Verkäufer tragen müßte. Dies ist sein Schaden bei Nichterfüllung der Rechtsverschaffungspflicht des Verkäufers.

---

1) Vgl. Titze, Schuldrecht S. 156.
2) Siehe oben S. 52 ff.

Deshalb kann der Umfang des Schadensersatzanspruches des Käufers mit der allgemeinen Definition des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nicht ausreichend bestimmt werden, wie dies bei der Auslegung des § 440 Abs. 2 BGB durch die herrschende Meinung geschieht. Man käme sonst zu dem von Blomeyer [1] ausdrücklich vertretenen Ergebnis, daß der Käufer im Falle des Rücktritts den vollen Kaufpreis gegen die Sache zurückerhalten würde, während er bei der Geltendmachung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung sich die Sache anrechnen lassen müßte.

Wenn es auch das wünschenswertere Ergebnis wäre, daß der Käufer den gleichen wirtschaftlichen Zustand herstellen könnte, gleichgültig, ob er von seinem Rücktrittsrecht bzw. Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch macht oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, so könnte damit noch nicht ein unterschiedliches Ergebnis als dem Gesetz nicht entsprechend abgelehnt werden. Im Fall des Rücktritts ist der status quo ante herzustellen, beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Zustand, der bestehen würde, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre [2].

Andererseits besteht aber auch keine Notwendigkeit, die allgemeine Definition des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung auf die hier zu klärenden Fälle anzuwenden, wenn der auszugleichende Schaden von dieser Definition nicht umfaßt wird, ein Ausgleich dieses Schadens aber wegen der Gefahrtragung angebracht erscheint.

---

1) S. 238.
2) Wolf AcP 153, 116.

Ähnlich erklärt auch Hellwig [1], der Käufer verlange einfach Ersatz des Fehlbetrages, der sich deshalb in seinem Vermögen befinde, weil er eine Gegenleistung gemacht habe, ohne das entsprechende Äquivalent zu bekommen. Dies sei deshalb gerechtfertigt, weil die Sache wegen des Unvermögens des Verkäufers, auch wenn sie nicht untergegangen wäre, nicht in das Eigentum des Käufers gelangt wäre.

Durch die Beschränkung des Schadensersatzanspruches des § 440 Abs. 2 BGB wird dieser praktisch entwertet. Normalerweise wird der Käufer vom Verkäufer auch die Zahlung des durch den zufälligen Untergangs entstandenen Schaden verlangen, wenn er die Sache nicht bis zu ihrem natürlichen Ende genutzt oder sie vollständig verbraucht hat. Die Geltendmachung dieses Anspruches müßte immer als Rücktritt ausgelegt werden. Der Schadensersatzanspruch würde auf die Fälle beschränkt bleiben, in welchen durch den Untergang der Sache kein zusätzlicher Schaden entstanden ist. Auch diese Abwertung des Schadensersatzanspruches spricht neben den anderen, im folgenden zu erörternden Gesichtspunkten gegen die einengende Auslegung des § 440 Abs. 2 BGB.

2.) Einheitliche Auslegung des Gesetzeswortlautes.

Daß der Schadensersatzanspruch des Käufers gem. § 440 Abs. 2 BGB in den Fällen der Rückgewähr der verkauften Sache sich auf den gesamten Sachwert erstreckt, liegt auf der Hand und ist auch noch nie in Zweifel gezogen worden. Bei der Auslegung, den die herrschende Lehre dem § 440 Abs. 2 BGB gibt, hätte sonach der Ausdruck "Schadensersatz wegen Nichterfül-

1) S. 84.

lung" zweierlei Bedeutung, je nachdem, ob die Sache zurückgegeben worden oder zufällig untergegangen wäre. Dies wird auch von Adler [1] erkannt, wenn er zugesteht, daß das Gesetz die Regeln des beschränkten Ersatzanspruchs gem. § 440 Abs. 2 BGB "in einem im Grunde widersinnigen Anschluß an die anderen Fälle des § 440 Abs. 2 BGB" bringe, in denen der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung sich auf die Verpflichtungen des Verkäufers im Ganzen beziehe.

Das gleiche Argument wurde bei der Auslegung des § 446 BGB dafür angeführt, daß der Begriff der Übergabe grundsätzlich im Sinne von Besitzverschaffung zu verstehen sei, weil er nicht innerhalb derselben Gesetzbestimmung verschiedene Bedeutung haben könne [2]. Wenn das Gesetz in § 440 Abs. 2 BGB die Rückgabe der Sache deren zufälligem Untergang gleichstellt, spricht dies zumindest dafür, daß das Gesetz dem Käufer nach dem Untergang der Sache dasselbe zubilligen wollte, was er bei Rückgewähr der Sache verlangen könnte. Der Grund des Schadensersatzanspruches ist nicht der zufällige Untergang, sondern die rechtsmangelhafte Lieferung der Sache, wobei das Gesetz die Geltendmachung dieses Anspruchs lediglich an bestimmte, für gleichwertig erklärte Voraussetzungen knüpft.

Daß die einengende Auslegung des § 440 Abs. 2 BGB nicht dem Wortlaut des Gesetzes entspricht, wird auch von Adler [3] zugegeben, wenn er eine andere Auslegung des Gesetzes als wünschenswert bezeichnet und die Frage stellt, ob man dem § 440 BGB gegenüber nicht sagen muß: lex ita scripta.

---

1) ZHR 72, 410.
2) Siehe oben S. 30.
3) S. 402.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, der Schaden sei verschieden, je nachdem, ob die Sache zurückgewährt oder zufällig untergegangen sei. In beiden Fällen wird dem Käufer die Sache und deren Wert entzogen. Ein unterschiedlicher Schaden könnte deshalb nur dann angenommen werden, wenn man davon ausginge, daß der Käufer den durch den zufälligen Untergang entstandenen Schaden gem. § 446 BGB selbst tragen müsse.

3.) Das Verhältnis zu § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Wohl als wichtigstes Argument für den Gefahrübergang auf den Käufer auch bei Übergabe einer mit einem Rechtsmangel behafteten Sache wurde angeführt [1], wenn nicht nachträglich in § 440 Abs. 2 BGB der Schlußpassus eingefügt worden wäre "oder wenn die Sache untergegangen ist", wäre der Gefahrübergang durch die Spezialregelung des § 446 BGB klar gegeben. Für den Schadensersatzanspruch würde dies bedeuten, daß dieser nicht auf den durch den zufälligen Untergang verursachten Schaden erstreckt werden könnte, weil mit der Besitzübertragung auch die Gefahr auf den Käufer übergegangen wäre.

Diese Auffassung wurde von Schmidt [2] widerlegt. Hatten die früheren Vertreter der Ansicht, der Schadensersatzanspruch des § 440 Abs. 2 BGB erstrecke sich auf den vollen Sachwert, also auch auf den durch den zufälligen Untergang entstandenen Schaden, ihre Auffassung nur kurz oder überhaupt nicht begründet, so hat Schmidt zum erstenmal den ausführlichen Nachweis erbracht, daß dieser Schadensersatzanspruch auf das volle Erfüllungsinteresse auch ohne die Vorschrift des § 440 Abs. 2 BGB

1) Adler S. 405 f.
2) AcP 152, 112 ff.

bestehen würde, weil sich sowohl der Schadensersatzanspruch des Käufers auf das Erfüllungsinteresse als auch die in § 440 Abs. 2 BGB konstituierte Rückgabepflicht bereits aus den allgemeinen Bestimmungen der §§ 325 Abs. 1 Satz 2, 280 Abs. 2, 346 ff BGB ergeben [1].

Es bleibt zu erwarten, daß dieser Gesichtspunkt, nachdem er einmal Eingang in die Lehrbuchliteratur [2] gefunden hat, die alte Diskussion auf dieser neuen Grundlage wieder aufleben läßt und zu einer Neuorientierung führen wird.

Schmidt argumentiert: Wenn dem Käufer die rechtsmangelhafte Sache übergeben worden sei, habe der Verkäufer seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag nach allgemeiner Ansicht teilweise erfüllt. Da der Käufer an dieser Teilerfüllung, die ihm das Eigentum nicht verschaffen konnte, in der Regel kein Interesse habe, könne er nach §§ 325, 326 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen. Die in § 440 Abs. 2 BGB aufgestellte Rückgabepflicht ergebe sich in diesen Fällen schon aus §§ 325 Abs. 1 Satz 2 (326 Abs. 1 Satz 3) i.V.m. 280 Abs. 2, 346 ff BGB.

Gegen diese Ableitung läßt sich nichts einwenden. Die Übergabe einer mit einem Rechtsmangel behafteten Sache ist zumindest

---

1) Vorher hatte schon Siber, Schuldrecht S. 227, allerdings nur kurz festgestellt, daß der Käufer gem. §§ 440 I, 325 BGB unter den Voraussetzungen des § 440 II BGB vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern könne.

2) Vgl. Enn.-Lehmann § 107 II b S. 429. Auch hat sich RGRK 11. Aufl. § 440, 17, allerdings ohne nähere Begründung, wieder der hier vertretenen Meinung ausgeschlossen, nachdem sie von der 5. Aufl. ab aufgegeben worden war.

eine teilweise Nichterfüllung einer Leistungsverpflichtung [1], für die der Verkäufer in aller Regel [2] nach Garantiegrundsätzen einzustehen hat [3]. Er haftet deshalb nach §§ 325, 326 BGB.

Die Geltendmachung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit ist gem. § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB davon abhängig, daß die rechtsmangelhafte Lieferung für den Käufer ohne Interesse sein muß. Normalerweise hat aber der Käufer an der bloßen Besitzverschaffung kein Interesse. Nur in Ausnahmefällen kann ein Interesse des Käufers bejaht werden, z.B. wenn er die Sache im Verhältnis zu ihrer allgemeinen Lebensdauer bereits relativ lange Zeit im Besitz gehabt hat, bevor der Rechtsmangel entdeckt wurde [4], oder wenn er die Sache nicht weiter veräußern will und die Wahrscheinlichkeit, daß der Eigentümer seine Rechte geltend macht, sehr gering ist.

Hat der Käufer die Absicht, die Sache weiter zu veräußern, so kann ihm die Unerheblichkeit des Rechtsmangels nicht entgegengehalten werden, selbst wenn die große Wahrscheinlichkeit be-

---

1) Es erscheint nicht angebracht, hier mit Titze, Unmögl. S. 45, immer völlige Nichterfüllung anzunehmen. Sicher gibt es Fälle, in denen die Nichterfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht dazu führt, daß die ganze Leistung des Verkäufers für den Käufer wertlos ist, z.B. wenn der Eigentümer sofort Ansprüche geltend macht. Aber ebenso sind Fälle denkbar, in denen dem Käufer dadurch keine Nachteile entstehen, daß er nur den Besitz, nicht aber auch das Eigentum an der Kaufsache erlangt.

2) Die sich wegen überobligationsmäßiger Schwierigkeit ergebenden, seltenen Ausnahmefälle dürfen hier außer Betracht bleiben.

3) Siehe oben Seite 37.

4) Schmidt S. 116.

steht, daß der Eigentümer den Käufer nicht belangen wird. Es kann von ihm nicht verlangt werden, eine rechtsmangelhafte Sache in Kenntnis des Rechtsmangels weiter zu verkaufen [1]. Gegen ein Interesse des Käufers an der rechtsmangelhaften Lieferung spricht auch, daß ihm die Möglichkeit der Ersitzung nach § 937 Abs. 2 BGB dadurch abgeschnitten wird, daß er Kenntnis vom Rechtsmangel erlangt.

Bei rechtsmangelhafter Lieferung ist daher ein Schadensersatzanspruch des Käufers auf das Erfüllungsinteresse am ganzen Vertrag nur in Ausnahmefällen nicht gegeben [2]. Zumindest muß die Behauptung des Käufers, er habe an der rechtsmangelhaften Lieferung kein Interesse, beachtet werden, zumal er sich auch noch auf ethische Bedenken berufen kann.

Es handelt sich bei diesem Anspruch um den Schadensersatzanspruch nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 325, 326 BGB. Wenn nun § 440 Abs. 2 BGB diesen Anspruch, der in dieser Vorschrift richtig als "Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung" bezeichnet wird, an die besonderen Voraussetzungen der Rückgabe oder des zufälligen Untergangs der Sache knüpft, ändert sich dadurch nichts an dem Charakter dieses Anspruchs. Es bleibt der allgemeine Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit [3].

Daß dieser Schadensersatzanspruch durch den zufälligen Untergang der verkauften Sache nicht berührt wird, ergibt sich aus weiteren Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts: Gem. § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung

---

1) Schmidt S. 115; Kohler AfBR 30, 181.
2) Enn.-Lehmann, § 107 II b S. 429; Schmidt S. 115.
3) So auch Vollmer S. 50.

der ganzen Verbindlichkeit im Falle der Teilunmöglichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 BGB verlangt werden. Diese Vorschrift verweist auf die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Bestimmungen der §§ 346 - 356 BGB. Es gilt somit auch § 350 BGB, der die Rückabwicklung des Schuldverhältnisses auch zuläßt, wenn die vom Käufer zurückzugewährende Sache ohne sein Verschulden untergegangen ist [1].

Der Schadensersatzanspruch des Käufers paßt sich somit dem System der übrigen Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts ein. Er würde sich auch ergeben, wenn der letzte Passus "oder wenn die Sache untergegangen ist", nicht vom Gesetzgeber nachträglich in § 440 Abs. 2 BGB eingefügt worden wäre. Damit ist eines der Hauptargumente der herrschenden Meinung widerlegt.

4.) § 440 Abs. 2 BGB als Anspruchsnorm.

Eine Sonderbehandlung des Schadensersatzanspruches gegenüber dem Rücktrittsrecht und dem Zurückbehaltungsrecht wäre evtl. dann gerechtfertigt, wenn es sich bei der Vorschrift des § 440 Abs. 2 BGB um eine besondere Anspruchsnorm handeln würde.

Es wurde darauf hingewiesen [2], der Anspruch des § 440 Abs. 2 BGB habe eine selbständige Bedeutung, weil er dem Käufer die Möglichkeit eröffne, unabhängig von den Voraussetzungen der §§ 325, 326 BGB die Sache zurückzugewähren und dann Schadens-

---

1) Vgl. Enn.-Lehmann § 107, II: Daß der zufällige Untergang der Sache den Käufer nicht hindere, den vollen Schadensersatz vom Verkäufer zu verlangen, ergebe sich schon aus der Anwendbarkeit des in § 280 II bezogenen § 350 BGB. Es liege ein bisher übersehener Fall der Anerkennung überholender Kausalität vor.

2) Windscheid-Kipp 8. Aufl. S. 637; Staudinger § 440, 30.

ersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu fordern. Auch wurde verschiedentlich angenommen [1], es handle sich bei diesem Schadensersatzanspruch zwar um den allgemeinen Schadensersatzanspruch wegen teilweiser Nichterfüllung gem. § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB, dieser sei jedoch statt an das mangelnde Interesse an der Teilleistung an die besonderen Voraussetzungen des § 440 Abs. 2 BGB gebunden worden. Dem Käufer habe dadurch der Nachweis des fehlenden Interesses erspart werden sollen, weil dieser Nachweis dem Käufer oft Schwierigkeiten bereite, wenn er die Sache schon relativ lange Zeit in Benutzung hatte.

Die Unabhängigkeit des Schadensersatzanspruches von den Voraussetzungen des § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB müßte dann aber für alle Fälle des § 440 Abs. 2 BGB gelten, für die Herausgabe der Sache an den Eigentümer, die Rückgewähr an den Verkäufer und ihren Untergang, weil der Gesichtspunkt der Beweiserleichterung für das mangelnde Interesse an der Teilleistung alle drei Fälle gleichermaßen betreffen würde. Die Anwendung dieser These würde jedoch bei Herausgabe oder Rückgewähr der verkauften Sache an den Verkäufer oder den Eigentümer zu unbefriedigenden Ergebnissen führen:

Nachdem der Käufer die durch den Gebrauch entwertete Sache an den Verkäufer oder den Eigentümer zurückgegeben hätte, könnte er nach dieser Auffassung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der gesamten Verbindlichkeit verlangen. Der Verkäufer müßte ihm den ganzen Kaufpreis zurückbezahlen. Das Regulativ der Nutzungsentschädigung nach §§ 325 Abs. 1 Satz 2, 280 Abs. 2, 347, 987 BGB würde nicht Platz greifen, weil § 325 Abs. 1 Satz 2

---

1) Planck § 440, 5 e; Kramer S. 105; Vollmer S. 50.

BGB keine Anwendung finden würde. Der Käufer hätte dann im Verhältnis zum Verkäufer kostenlos die Nutzung der zurückgegebenen Sache gehabt. Der Verkäufer könnte gegenüber dem Käufer keinerlei Ansprüche geltend machen. Ein billiger Interessenausgleich zwischen Verkäufer und Käufer käme nicht zustande. Lediglich der Eigentümer könnte dem Käufer diesen nicht gerechtfertigten Vorteil nehmen, wenn er gegen den Käufer Bereicherungsansprüche aus Eingriffskondiktion geltend machen würde. Dann müßte der Käufer den Wert der durch die Nutzung der Sache ersparten anderweitigen Aufwendungen gem. §818 Abs. 2 BGB an den Eigentümer herausgeben [1].

Die Loslösung des Schadensersatzanspruches von den Voraussetzungen des § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB brächte nach allem für die Fälle der Herausgabe der Sache an den Eigentümer und der Rückgewähr an den Verkäufer keine befriedigende Lösung. Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit vom Nachweis des mangelnden Interesses an der Teilleistung freigestellt werden sollte. Aus dem Gesetz ergibt sich hierfür kein Hinweis.

Für den Fall des zufälligen Untergangs, z.B. bei völliger Verwertung der Sache, wäre das Resultat noch weniger tragbar, weil hier der Käufer die Sache in vollem Umfange wirtschaftlich ausgenützt hätte und der möglicherweise gutgläubige Verkäufer den Schaden tragen müßte. Hier könnte in der Tat nur mit der Beschränkung des Schadensersatzanspruches auf den durch den Rechtsmangel als solchen verursachten Schaden ein gerechtes

---

1) Siehe unten S. 89 ff.

Ergebnis erzielt werden. Da diese Beschränkung aber bei den Fällen der Herausgabe und Rückgewähr der Sache wiederum nicht möglich wäre, kann § 440 Abs. 2 BGB nicht als spezielle Anspruchsnorm anerkannt werden. Es müßte sonst die bisher nirgends vorgenommene Einschränkung gemacht werden, § 440 Abs. 2 BGB sei nur bei zufälligem Untergang der verkauften Sache eine besondere Anspruchsgrundlage, nicht aber auch in den beiden übrigen in demselben Satz dieser Bestimmung genannten Fällen.

Daß die Vorschrift des § 440 Abs. 2 BGB auch dann nicht inhaltslos wird, wenn man in jedem Falle den Nachweis des mangelnden Interesses an der Teilleistung verlangt, wurde von Schmidt [1] dargelegt.

Für den Fall, daß der Käufer an der rechtsmangelhaften Lieferung als teilweiser Erfüllung kein Interesse hat, stellt § 440 Abs. 2 BGB eine unschädliche, aber überflüssige Wiederholung dar.

Wenn der Einwand des mangelnden Interesses an der Teilleistung nicht beachtet werden kann, weil der Käufer die Sache relativ lange Zeit genutzt hat, ergibt § 440 Abs. 2 BGB nach Schmidt die Möglichkeit einer sachgemäßen Berechnung des Schadensersatzanspruchs des Käufers: Wäre diese Vorschrift nicht vorhanden, könnte der Käufer nur Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung verlangen. Diesen Schaden festzustellen, sei sehr schwierig, wie schon in den Motiven [2] hervorgehoben wurde. Der Schaden des Käufers bestehe darin, daß der Käufer Ansprüchen des Eigentümers ausgesetzt sei, wobei er nicht wisse, ob diese An-

---

1) AcP 152, 116.
2) Mot II S. 217.

sprüche je geltend gemacht werden könnten, z.B. weil der Eigentümer keine Kenntnis vom Verbleib der Sache habe. Aber auch wenn der Eigentümer seine Ansprüche nicht geltend mache, sei eine Schädigung des Käufers dadurch gegeben, daß er mit solchen Ansprüchen rechnen müsse. Um diesen Schaden erfassen zu können, gebe § 440 Abs. 2 BGB dem Käufer die Möglichkeit, gegen Rückgabe der Sache "Schadensersatz für den Restgebrauch" zu verlangen. Dieser berechne sich nach der normalen Lebensdauer der Sache unter Berücksichtigung der Zeit, während der sie der Käufer genützt habe.

Auf den Fall des zufälligen Untergangs der Sache paßt diese Argumentation nicht ganz. Die Ungewißheit bezieht sich hier nur darauf, ob der Eigentümer jemals Ansprüche gegen den Käufer oder den Verkäufer geltend machen wird. Die Frage nach der möglichen Beeinträchtigung des "Restgebrauchs" stellt sich hier nicht.

Statt dessen kommt dem § 440 Abs. 2 BGB nach dem Untergang der rechtsmangelhaft gelieferten Sache die Funktion zu, zwischen den Interessen des Verkäufers und des Käufers einen gerechten Ausgleich zu schaffen, wenn keine außerhalb des Vertragsverhältnisses bestehenden Ansprüche des Eigentümers zu berücksichtigen sind.

Auch diese Überlegungen zeigen, daß § 440 Abs. 2 BGB keine selbständige Anspruchsnorm darstellen kann, welche die allgemeinen Regeln des Schuldrechts ersetzt, sondern lediglich als Ergänzung der §§ 320 ff BGB anzusehen ist [1].

---

1) So auch Soergel § 440, 4.

5.) Von der Rückgewähr unabhängige Ansprüche des Käufers.

Noch ein weiterer Umstand zeigt, daß der Schadensersatz wegen Nichterfüllung in § 440 Abs. 2 BGB mit dem Anspruch aus § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB identisch ist und von der Gefahrtragung her nicht eingeschränkt werden darf: Der Käufer kann nach dem eingehenden Nachweis bei Schmidt [1] alle Ansprüche, welche den daneben möglichen Erfüllungsanspruch unberührt lassen, z.B. Ansprüche wegen Verzugsschadens oder entgangenen Gewinns jederzeit geltend machen, ohne daß es dazu der Rückgewähr oder des zufälligen Untergangs der Sache bedarf [2]. Ebenso wird anerkannt, daß § 440 Abs. 2 BGB, entsprechend dem Gesetzeswortlaut, nur den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, nicht auch die anderen Rechte des Käufers beschränke [3].

Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb der Käufer den Schaden, der ihm (unabhängig von der Rückgabe oder dem Untergang der Sache) infolge der Rechtsmangelhaftigkeit der Lieferung entstanden ist, nur bei Rückgabe der Sache fordern können soll [4]. Ist dem Käufer z.B. wegen des Rechtsmangels eine günstige Verkaufsgelegenheit entgangen, kann er diesen Schaden ohne weiteres geltend machen, ohne daß es einer Rückgabe der Sache oder ihres Untergangs bedürfte. Dieser Schaden kann als Verzugsschaden geltend gemacht werden, wenn der Verkäufer den Rechtsmangel

---

1) AcP 152, 118 ff.
2) Vgl. auch RGRK 4. - 7. Aufl. § 440, 2.
3) RG 117, 336; Enn.-Lehmann § 107 II S. 248; Oertmann § 440, 3; RGRK 11. Aufl. § 440, 8; Staudinger § 440, III 1 d.
4) Deshalb billigt Staudinger § 440, 30 folgerichtig dem Käufer auch bei von ihm selbst verschuldetem Untergang einen Schadensersatzanspruch zu, wenn dem Käufer schon vor dem Untergang infolge des Rechtsmangels ein Schaden entstanden ist.

später beseitigt. Auch Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung unterliegen nicht der Beschränkung des § 440 Abs. 2 BGB. Andererseits müssen die Voraussetzungen für einen solchen Schadensersatzanspruch unabhängig von § 440 Abs. 2 BGB nachgewiesen werden [1].

Es zeigt sich somit, daß § 440 Abs. 2 BGB für den von der herrschenden Lehre vorgesehenen Fall überhaupt nicht Platz greift. Weshalb sollte auch die Geltendmachung des durch den Rechtsmangel als solchen verursachten Schadens von der Rückgabe der Sache abhängig sein? Das allgemeine Argument, der Käufer solle nicht beides haben, Schadensersatz und die Sache, wird nur dann berücksichtigt, wenn der Schadensersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse bezogen wird. Hier soll durch die Rückgewähr eine klare Basis für den Schadensersatzanspruch geschaffen werden. In diesem Sinne sind der zufällige Untergang und die Rückgabe an den Verkäufer oder Eigentümer einander gleichgestellt.

Als Ergebnis kann bezüglich des Schadensersatzanspruches des Käufers bei rechtsmangelhafter Lieferung der gekauften Sache festgehalten werden:

Bei dem Schadensersatzanspruch gem. § 440 Abs. 2 BGB handelt es sich nicht um einen besonderen Anspruch, der nur an die Voraussetzungen des § 440 Abs. 2 BGB gebunden wäre, sondern um den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 440 Abs. 1, 325 Abs. 1 Satz 2 BGB, welcher von den zusätzlichen Voraussetzungen des § 440 Abs. 2 BGB abhängig ist.

---

1) Z.B. hat der Käufer die Unmöglichkeit der Eigentumsverschaffung gem. § 442 BGB zu beweisen oder bei Möglichkeit der Heilung des Rechtsmangels dem Verkäufer eine Nachfrist gem. § 326 BGB zu setzen.

Dieser Anspruch fügt sich in das allgemeine System des Schuldrechts ein, wenn man ihn auf das volle Erfüllungsinteresse erstreckt. Der Ausgleich für die Nutzung der Sache durch den Käufer ergibt sich nach §§ 440 Abs. 1, 325 Abs. 1 Satz 2, 280 Abs. 2, 347, 987, 100 BGB [1].

§ 11 Das mangelnde Interesse an der Teilleistung.

Die Erstreckung des Schadensersatzanspruchs auf das volle Erfüllungsinteresse ist nach dem oben Gesagten davon abhängig, daß der Käufer an der teilweisen Erfüllung des Vertrages kein Interesse hat (§ 325 Abs. 1 Satz 2 BGB). Nach allgemeiner Ansicht kommt es nicht darauf an, daß er das Interesse an dem Leistungsgegenstand des Vertragspartners, also an der verkauften Sache verliert, sondern daß die teilweise Durchführung des Vertrages, der teilweise Austausch der Leistungen für ihn ohne Interesse ist [2]. Das Interesse des Käufers ist danach zu beurteilen, ob die teilweise Abwicklung des Vertrages dem Käufer nach Treu und Glauben zuzumuten ist [3]. Diese Frage ist zu prüfen nach objektiven Gesichtspunkten [4] unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Käufers [5].

Erste Voraussetzung für eine Teilung ist, daß die Leistungen teilbar sind. Beim Kaufpreis steht dies außer Zweifel. Eine

---

1) Vgl. Oertmann § 440, 5: Selbstverständlich müsse sich der Käufer auf den Ersatz die erlangten Nutzungen, den Wert des gemachten Gebrauchs in Ansatz bringen lassen.
2) Vgl. RG 50, 142; Enn.-Lehmann § 49 II 5 a S. 212; Erman § 325, 13 b; Larenz I S. 210; Palandt § 325, 7 c; § 326, 11; RGRK § 325, 2; Soergel § 325, 3.
3) RG Warn 12, 377; Erman § 280, 6; § 325, 13 b; Palandt § 280, 5.
4) RG JW 1916, 258.
5) RG Recht 1912, Nr. 2811; Soergel § 325, 3; Staudinger § 280, 12.

Teilung der Leistung des Verkäufers wäre in der Form denkbar, daß man die beiden Hauptpflichten des Verkäufers zur Besitzübertragung und zur rechtsmangelfreien Eigentumsverschaffung trennt.

Die Zulässigkeit einer solchen Teilung des Vertrages erscheint zunächst zweifelhaft; denn das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung [1], welche auch von den Kommentaren und Lehrbüchern übernommen wurde [2], anerkannt, daß die Rechte des § 325 BGB nur hinsichtlich des ganzen Vertrags gegeben seien, wenn der Vertragsinhalt seinem Zweck nach unteilbar sei, wenn der Vertrag nur einheitlich stehen oder fallen solle. Der Vertragszweck eines Kaufvertrags ist nun eindeutig auf die rechtsmangelfreie Besitzverschaffung an der verkauften Sache gerichtet, so daß die Möglichkeit der Teilung der vertraglichen Leistungen des Verkäufers nicht selbstverständlich ist.

Ernsthafte Bedenken gegen eine Teilung des Kaufvertrags in dem hier erforderlichen Umfang sind bisher, soweit ersichtlich, nicht erhoben worden. Die Erörterungen über das Rücktrittsrecht und den Schadensersatzanspruch des Käufers zeigen auch, daß zumindest nach dem Untergang der Sache, allgemein von der Teilbarkeit der Leistungen des Verkäufers ausgegangen wird. Wie unten noch auszuführen sein wird, könnte ohne diese Annahme ein angemessener Ausgleich der Interessen der Beteiligten nicht gefunden werden.

Das Interesse an der Teilleistung müßte auf der Grundlage der herrschenden Meinung damit begründet werden, der Käufer habe

---

1) RG 67, 104; 79, 311; LZ 1907; Warn 1909 Nr. 288; Gruch 53, 948; Seuff Arch 74 Nr. 28; JR 25, 1625; HRR 1931, 925.
2) Enn.-Lehmann § 49 I 3 S. 212; Erman § 325, 13; Palandt § 325, 7 b; RGRK § 325, 2; Soergel § 325, 3; Warneyer § 325, VIII.

durch den Rechtsmangel keinen Schaden erlitten, weil er den durch den zufälligen Untergang verursachten Schaden infolge des Gefahrübergangs selbst zu tragen habe. Mit dieser Begründung könnte auch das Rücktrittsrecht und das Leistungsverweigerungsrecht des Käufers ausgeschlossen werden, wie es Adler getan hat [1], weil der Schadensersatzanspruch bezüglich des gesamten Vertrages genauso wie das Rücktrittsrecht und das Rückbehaltungsrecht gem. § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB nur gegeben sind, wenn der Käufer an der teilweisen Erfüllung kein Interesse hat.

Auch für das Interesse des Käufers an der rechtsmangelhaften Lieferung des Verkäufers ist somit die Gefahrtragung das entscheidende Moment: Bleibt die Gefahr beim Verkäufer, kann es nicht als treuwidrig angesehen werden, wenn der Käufer den durch den zufälligen Untergang der Sache entstandenen Schaden auf den Verkäufer zurückwälzt; ist die Gefahr übergegangen, muß dieser Schaden vom Käufer getragen werden.

Zunächst kann der Fall ausgeschlossen werden, daß der Käufer die Sache bis zu ihrem natürlichen Ende genützt oder verbraucht hat. In der Regel entspricht in diesen Fällen die vom Käufer an den Verkäufer zu zahlende Nutzungsvergütung dem Kaufpreis. Auch wenn der Käufer hier vom Vertrag zurücktreten oder vollen Schadensersatz geltend machen könnte, würde er im Ergebnis vom Verkäufer nichts zurückbekommen. Hier würde es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Käufer sich darauf berufen könnte, an der Teilleistung des Verkäufers kein Interesse zu haben: Der Käufer hat den vollen Wert der Sache für sich ausgenutzt; ein Schaden, den nach den Regeln der Gefahrtragung möglicherweise der Verkäufer tragen müßte, ist nicht entstanden.

---

1) ZHR 72, 399 ff; vgl. oben S. 47 ff, 56.

Die Frage der Gefahrtragung bleibt in diesem Fall ohne Bedeutung, so daß das von der herrschenden Meinung vertretene Ergebnis mit der hier erläuterten Auffassung übereinstimmt.

Ist die Sache jedoch vor ihrem völligen Verbrauch oder ihrem natürlichen Ende zufällig untergegangen und durch diesen Untergang ein noch vorhandener Sachwert zerstört worden, hängt die Zuordnung dieses Schadens im Verhältnis Verkäufer - Käufer davon ab, wer die Preisgefahr trägt. Hier bietet wieder § 350 BGB die Lösung:

Wenn die Erklärung des Rücktritts auch nach zufälligem Untergang der Sache möglich ist, entspräche es nicht der ratio legis, dieses vom Gesetz dem Käufer ausdrücklich zugebilligte Recht durch entsprechende Auslegung des Begriffes des mangelnden Interesses an der Teilleistung gegenstandslos zu machen.

Aus dem engen Zusammenhang von § 325 Abs. 1 Satz 2 und §§ 350, 351 BGB ist vielmehr zu schließen, daß in den Fällen, in denen die herrschende Lehre die Geltendmachung des Rücktrittsrechts nach §§ 350, 351 BGB wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben ablehnt, auch das Interesse des Käufers an der Teilleistung des Verkäufers bejaht werden muß. Danach kann der Käufer mangelndes Interesse an der Teilleistung immer geltend machen, wenn er die Sache nicht völlig verbraucht oder bis zu ihrem natürlichen Ende genutzt hat. Sobald durch den zufälligen Untergang ein noch vorhandener Sachwert vernichtet wurde, kann der Käufer diesen Schaden auf den Verkäufer zurückwälzen.

Diesen Weg hat auch Schmidt angedeutet, indem er ausführt [1]:

---

1) S. 116.

Wenn der Käufer das gekaufte Pferd bis zu seinem natürlichen Ende genutzt habe, sei ihm kein Schaden entstanden. Sterbe das Pferd dagegen im letzten Drittel seines Lebens am Hitzschlag, so bestehe schwerlich Anlaß, den Fall anders zu behandeln, als die Fälle, in denen der Käufer an der teilweisen Erfüllung kein Interesse habe und deshalb Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen könne.

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, daß der Käufer, weil der Verkäufer bei der Lieferung einer mit einem Rechtsmangel behafteten Sache weiterhin die Gefahr des zufälligen Untergangs trägt, sein mangelndes Interesse an der Teilleistung des Verkäufers immer geltend machen kann, wenn durch den zufälligen Untergang der Sache ein noch vorhandener Sachwert zerstört wurde.

C) Überprüfung der Rechtsbeziehungen der Beteiligten.

§ 12 Interessenausgleich zwischen Verkäufer und Käufer.

Gegen die Erstreckung des Schadensersatzanspruchs des Käufers auf den durch den zufälligen Untergang verursachten Schaden wurde von den Autoren, welche eine Beschränkung des Schadensersatzanspruches annehmen, eingewandt, der volle Schadensersatzanspruch würde zu unbilligen Ergebnissen und zu Härten führen [1].

1) Düringer-Hachenburg 2. Aufl. III Einl. vor § 373, 174 S. 151 hält die Regelung des § 440 II sogar bei der einengenden Auslegung durch die herrschende Lehre für unzweckmäßig und de lege ferenda für zweifelhaft, indem er auf ein von Crome II, § 219, 2 S. 438 und Cosack (8. Aufl.) § 183, 3 b S. 518 gebil- +

Es wird folgendes Beispiel angeführt [1]:

Ein Fahrrad wird kurz nach dem Kauf bei einem Verkehrsunfall ohne Verschulden des Käufers zerstört. Daraufhin erklärt der Käufer wegen eines Rechtsmangels den Rücktritt, verlangt Schadensersatz oder verweigert die Bezahlung des Kaufpreises. Hier sei es ungerechtfertigt, den Verkäufer den Schaden tragen zu lassen, der durch den zufälligen Untergang entstanden sei. Der Käufer sei hier viel "näher daran", den Schaden zu tragen, weil er ihn auch tragen müßte, wenn die Sache ohne den Rechtsmangel geliefert worden wäre. Er soll nun nicht aus der mangelhaften Lieferung Vorteile ziehen können, die er bei mangelfreier Lieferung nicht haben würde.

Auch der Fall in BGH 5, 337 ff scheint eine ähnliche Unbilligkeit zu Lasten des Verkäufers zu enthalten: Hier hatte der Käufer das verkaufte, abhanden gekommene Automobil in stark entwertetem Zustand an den Eigentümer zurückgegeben und von dem gutgläubigen Verkäufer nach Erklärung des Rücktritts den Kaufpreis abzüglich einer Nutzungsentschädigung zurückerhalten.

---

detes Beispiel hinweist:
Ein unterschlagener Pelz ist verkauft und an den gutgläubigen Käufer versandt worden. Er geht auf dem Transport verloren. Nach Cosack soll hier im Gegensatz zu einer abhanden gekommenen Sache keine Gewährleistung für Rechtsmängel stattfinden und der Käufer den Kaufpreis zu zahlen haben, weil er gem. § 932 BGB Eigentum erworben hätte, wenn die Sache nicht untergegangen wäre.
Diese Entscheidung wird von Crome abgelehnt. Nach dem Kausalitätsprinzip komme es nicht darauf an, was hätte sein können, sondern was tatsächlich ist. Deshalb habe die Eviktionsgefahr bis zum zufälligen Untergang bestanden. Beide Fälle seien gleich zu entscheiden i. S. eines Weiterbestehens der Gewährleistung.

1) Schwenn AcP 152, 141.

Der billige Ausgleich zwischen den Interessen des Verkäufers und des Käufers erfolgt in beiden Fällen über die vom Käufer gem. § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB i. V. m. §§ 327, 818 BGB (beim Rücktrittsrecht) o. §§ 280 Abs. 2, 347, 987 BGB (beim Schadensersatzanspruch) zu zahlende Nutzungsvergütung. Viele Gesichtspunkte sprechen für diese Lösung:

Es besteht das Bedürfnis, eine angemessene Schadensverteilung auch dann zu erreichen, wenn der Eigentümer der verkauften Sache, z.B. weil er den Verkäufer und Käufer nicht kennt, keine Ansprüche geltend macht. Hierbei muß berücksichtigt werden, daß dem Verkäufer der Rechtsmangel bekannt sein kann, während der Käufer immer redlich ist, da sonst keine Gewährleistungsansprüche wegen Verletzung der Rechtsverschaffungspflicht entstehen (§ 439 BGB).

Könnte der bösgläubige Verkäufer den gesamten Kaufpreis behalten, würde dieser dem Dieb oder dessen bösgläubigen Mittelsmännern im Verhältnis zum Käufer durch den zufälligen Untergang der Sache endgültig sichergestellt. Auch Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung würden dem Käufer nicht zustehen, weil kein Kausalzusammenhang zwischen dem durch den zufälligen Untergang entstandenen Schaden und der unerlaubten Handlung bestünde. Dieses Ergebnis könnte nicht befriedigen, auch wenn man berücksichtigt, daß der bösgläubige Verkäufer dem Eigentümer nach §§ 989, 990 BGB schadensersatzpflichtig ist.

Auch bei Gutgläubigkeit des Verkäufers würde dem Dieb oder dem Hehler durch den Untergang der Sache der Erlös seiner strafbaren Handlung gesichert, weil der gutgläubige Verkäufer mangels eigenen Schadens gegen seinen Vordermann keinen Regreß

nehmen könnte, wenn dem Käufer seinerseits kein Schadensersatzanspruch erwachsen würde.

Wenn die Sache nicht untergegangen wäre, würde der Kaufpreis ebenfalls nicht für immer beim Verkäufer verbleiben, sondern müßte an den Eigentümer herausgegeben werden, sei es, daß sich der Eigentümer und der Verkäufer vertraglich über die Genehmigung der unwirksamen Verfügung des Verkäufers einigen (gegen eine entsprechende Zahlung an den Eigentümer), sei es daß der Eigentümer nach Genehmigung der unwirksamen Verfügung (§§ 185, 184 BGB) gem. § 816 BGB den Kaufpreis vom Verkäufer herausverlangt [1]. Auch in diesem Falle wäre der Verkäufer auf Ansprüche gegen seinen Vormann angewiesen.

Das Risiko, leer auszugehen, weil der Regreß gegen den Dieb oder dessen Mittelsmänner möglicherweise erfolglos bleibt, trägt immer der Verkäufer. Dieses Ergebnis entspricht für den Fall, daß die Sache noch existiert, der eindeutigen Regelung des § 440 Abs. 2 BGB: Der Verkäufer hat dem Käufer Schadensersatz gegen Rückgabe der Sache zu zahlen und die Sache an den Eigentümer herauszugeben [2]. Beim zufälligen Untergang der Sache entspricht dieses Ergebnis ebenfalls der Billigkeit.

Daß der Kaufpreis nach dem zufälligen Untergang der Sache beim Verkäufer verbleiben soll, hat auch bei den Autoren, welche dem Käufer nur einen beschränkten Schadensersatzanspruch zusprechen, teilweise Kritik ausgelöst. Es wurde deshalb verschiedentlich [3] die analoge Anwendung des § 324 BGB vorge-

---

1) Siehe unten S. 96 ff.
2) Dölle S. 28.
3) Enn.-Lehmann § 103 II 1 a S. 416; Hogrewe S. 16 (mit ausführlicher Begründung und weiteren Literaturangaben); Stern S. 15 f; Warneyer § 446, 10; Wismeyer S. 43 ff.

schlagen, um dem Käufer einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises zu gewähren. Als Begründung wurde angeführt:

Der Verkäufer müsse sich seine ersparten Aufwendungen anrechnen lassen, wenn die Leistung infolge eines vom Käufer zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden sei (§ 324 BGB). Dies müsse erst recht gelten, wenn die Unmöglichkeit vom Käufer nicht verschuldet worden sei. Auch in diesem Falle müsse der Verkäufer sich dasjenige anrechnen lassen, was er durch den zufälligen Untergang und die dadurch überflüssig gewordene Beseitigung des Rechtsmangels erspart hätte. Dies sei in der Regel der Wert der verkauften Sache; denn es sei davon auszugehen, daß, wenn überhaupt, der Eigentümer gegen Entrichtung dieses Betrages der Veräußerung zugestimmt hätte. Um diesen Betrag würde sich der Kaufpreisanspruch des Verkäufers ermäßigen. Wenn der Käufer den vollen Kaufpreis bereits bezahlt habe, könne er einen Gegenanspruch nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung geltend machen.

Dieses Ergebnis folge aus der Anwendung des Grundsatzes, daß durch die Gefahrtragung die Parteien lediglich vor Schaden bewahrt werden sollen, daß aber keiner Partei durch die Gefahrtragung ein über den Vertrag hinausgehender Vorteil erwachsen soll [1]. Ob diese Anwendung des § 324 BGB zulässig ist, kann dahingestellt bleiben [2].

---

1) Stern S. 16.

2) Bedenken könnten sich allenfalls aus § 323 BGB ergeben. In dieser Vorschrift sind die Fälle geregelt, in denen die Unmöglichkeit der Leistung von keiner der Vertragsparteien zu vertreten ist. Die ausdehnende Anwendung des § 324 BGB würde die Pflichtenverteilung des § 323 BGB für die in Betracht kommenden Fälle aufheben. Dies wäre jedoch gerechtfertigt, weil es sich hier um von der Norm des § 323 BGB abweichende +

Für die vorliegende Untersuchung ergibt sich aus dem Vorschlag der analogen Anwendung des § 324 BGB, daß auch von Vertretern der herrschenden Meinung durch den Versuch dieser Hilfskonstruktion ein Bedürfnis anerkannt wurde, dem Verkäufer nicht den gesamten Kaufpreis zu belassen, weil es nicht gerechtfertigt sei, daß er auf Kosten des Käufers einen Vorteil aus dem zufälligen Untergang der Sache ziehe. Dies hat auch das Reichsgericht anerkannt wenn es ausführt [1]: Der Verkäufer solle aus den der Entwehrung gleichgestellten Umständen des § 440 Abs. 3 BGB keinen Vorteil ziehen; die Nichterfüllung seiner Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums bleibe bestehen.

Nach allem kann die Zubilligung eines unbeschränkten Schadensersatzanspruches, Rücktrittsrechts und Leistungsverweigerungsrechts an den Käufer nicht als unangemessenes und unbilliges Ergebnis bezeichnet werden. Der notwendige Ausgleich zwischen Verkäufer und Käufer ergibt sich durch das dem Verkäufer zustehende Recht auf Gewährung einer Nutzungsentschädigung. Eine stärkere Belastung sollte den Käufer im Verhältnis zum Verkäufer nicht treffen.

Hat der Käufer die mit einem Rechtsmangel behaftete Sache bis zu ihrem natürlichen Ende genutzt oder völlig verbraucht, so entspricht in der Regel die Nutzungsentschädigung dem bezahlten Kaufpreis. Der Käufer kann vom Verkäufer weder durch die

---

Fälle handelt. Nach § 323 BGB geht die Gefahr mit der vollständigen Erfüllung über. In den Fällen, in welchen die analoge Anwendung des § 324 BGB am Platze wäre, würde sie - auf dieser Annahme baut diese Konstruktion auf - bereits mit der rechtsmangelhaften Besitzverschaffung übergehen. Deshalb würde dieser Umstand der analogen Anwendung des § 324 BGB nicht entgegenstehen.

1) RG 117, 337.

Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen noch durch Erklärung des Rücktritts den Kaufpreis ganz oder teilweise zurückverlangen oder gem. § 320 BGB seine Bezahlung verweigern. In diesen Fällen ist durch den zufälligen Untergang der Sache auch kein zusätzlicher Schaden entstanden, der mangels Gefahrübergangs vom Verkäufer zu tragen wäre.

Daß die Gefahrtragung hier ohne Einfluß auf die gegenseitigen Ansprüche bleibt, bestätigt die Richtigkeit der in der vorliegenden Untersuchung entwickelten Auffassung.

Schließlich darf noch auf folgenden Umstand hingewiesen werden: Wie unten noch näher auszuführen sein wird [1], kann der Eigentümer mit der Eingriffskondiktion vom Käufer dessen durch die Benutzung der fremden Sache ersparte Aufwendungen herausverlangen, gleichgültig, ob der Kaufpreis an den Verkäufer bezahlt ist oder nicht. Der Käufer muß also unter Umständen doppelt zahlen, zunächst den Kaufpreis und dann eine Nutzungsvergütung an den Eigentümer. Wenn der Käufer diese Zahlungen geleistet hat, ist er auf seine Ansprüche gegen den Verkäufer angewiesen. Dies zeigt, daß nach dem zufälligen Untergang der rechtsmangelhaft gelieferten Sache durchaus auch der Käufer derjenige sein kann, der letztlich den Schaden zu tragen hat, insbesondere wenn man bedenkt, daß Leute, welche gestohlene Sachen verkaufen, normalerweise schlechte Partner von Regreßansprüchen sind.

§ 13 Die Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und Käufer.

In der Zubilligung des vollen Schadensersatzanspruches und Rück-

1) Siehe unten S. 89 ff.

trittsrechts an den Käufer hat insbesondere Adler eine unbillige Benachteiligung des Eigentümers gesehen, weil nach dem zufälligen Untergang der Sache der Kaufpreis weder dem Verkäufer noch dem Käufer, sondern dem Eigentümer gebühre [1]. Der eigentliche Geschädigte sei daher der Eigentümer, wenn der Käufer den Kaufpreis zurückfordern könne. Wäre die verkaufte Sache unterschlagen und nicht gestohlen worden, hätte der Käufer gutgläubig Eigentum erworben, und der Eigentümer könnte vom Verkäufer gem. § 816 BGB den Kaufpreis kondizieren. Bei einem Diebstahl könne das Ergebnis nicht anders sein. Auch in diesem Falle müsse der Kaufpreis letztlich dem Eigentümer zukommen.

Wenn der Eigentümer, dem die Sache abhanden kam, keine Möglichkeit hätte, vom Verkäufer oder Käufer Wertersatz für den Verlust seiner Sache zu erhalten, wäre dies in der Tat ein unbilliges Ergebnis. Dies wäre ein entscheidendes Argument gegen die Annahme eines unbeschränkten Schadensersatzanspruches und Rücktrittsrechts. Deshalb sind die dem Eigentümer zustehenden Ansprüche näher zu untersuchen.

Solange die dem Eigentümer abhanden gekommene Sache noch vorhanden ist, hat der Eigentümer gegen den Käufer den Anspruch auf Herausgabe seines Eigentums gem. § 985 BGB. Er erhält aufgrund dieses Anspruchs die (möglicherweise verschlechterte) Sache vom Käufer zurück. Da der Käufer entgeltlicher [2], redlicher Besitzer war, sind für seine Rechtsbeziehungen zum Eigentümer die §§ 987 - 993 BGB maßgebend.

---

1) ZHR 72, 404.

2) Ein rechtsgrundloser Erwerb liegt nicht vor; Rechtsgrund ist der Kaufvertrag. Daher scheidet eine Anwendung des § 988 BGB aus, auch wenn man der umstrittenen Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG 163, 348) folgt.

Gem. § 993 BGB ist der Käufer zur Herausgabe von Übermaß-Früchten verpflichtet, nicht aber zur Herausgabe von Nutzungen oder zum Schadensersatz wegen Verschlechterung der Sache und der Unmöglichkeit ihrer Herausgabe. Zu den Nutzungen gehören nach § 100 BGB nur die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache gewährt, nicht aber auch die durch ihre Abnutzung oder ihren Verbrauch erlangten [1]. Der Eigentümer hätte nach diesen Vorschriften sonach keine Ansprüche gegen den Käufer, wenn dieser gutgläubig eine dem Eigentümer gehörende Sache abgenutzt und verbraucht hätte.

Ob der Eigentümer neben den Ansprüchen aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis noch Bereicherungsansprüche geltend machen kann,oder ob die Sonderregelung der §§ 987 ff BGB solche weitergehenden Ansprüche ausschließt, ist eine viel erörterte Streitfrage, die hier nicht untersucht werden kann [2].

Es genügt, als Ergebnis festzuhalten, daß die Rechtsprechung und die herrschende Meinung in der Literatur [3] Bereicherungsansprüche des Eigentümers als Ausgleich für die Nichtherausgabe der Sache, insbesondere wegen Verbrauchs (§ 812 BGB) oder Veräußerung (§ 816 BGB) zuläßt, ohne die im übrigen anerkann-

---

1) Allgemeine Ansicht, vgl. BGH 14, 8.
2) Zu dem Stand der Meinungen vgl. Esser S. 773 und Staudinger § 987, 10 sowie die dortigen Nachweise.
3) RG 158, 47; 163, 353 (Vereinigte Senate); BGH 14, 8; BGH NJW 53, 58; BGH LM § 985 Nr. 8;
Baur S. 85; v. Caemmerer, Festschr. f. Boehmer S. 155 Anm. 42; derselbe, Festschr. f. Rabel S. 386; Enn.-Lehmann § 221 I 5 S. 876; Erman vor § 987, 17; Esser S. 773; Fikentscher S. 526 ff; Haymann Jher Jb 77, 288 Anm. 1; Larenz II S. 368; Palandt Vorbem. v. § 987, 2 a dd; Planck Vorbem. v. § 987, 2; RGRK § 993, 1; Soergel-Siebert vor § 987, 3, 15; Staudinger § 987, 10; Westermann S. 145.

te Ausschließlichkeit der Regelung der §§ 987 ff BGB für Nutzungsansprüche anzutasten. Auf den Sachwert der abhanden gekommenen Sache bezogene Bereicherungsansprüche sind somit auch zwischen dem Eigentümer und dem Käufer möglich, wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen.

Diese Bereicherungsansprüche wegen Verbrauchs oder Abnutzung einer abhanden gekommenen Sache, wurden in der neueren Literatur im Anschluß an von Caemmerer [1] als Fälle der Eingriffskondiktion erkannt und untersucht. Wenn der Käufer, ohne dem Eigentümer gegenüber dazu berechtigt gewesen zu sein, eine dem Eigentümer gehörende Sache verbraucht hat, kann der Eigentümer die Herausgabe der Bereicherung des Käufers verlangen [2].

Der rechtsdogmatische Grund für diesen Anspruch aus Eingriffskondiktion wird darin gesehen, daß die Nutzung der Sache nach der rechtlichen Güterzuordnung dem Eigentümer gebühre [3], daß unbegründete Güterverschiebungen [4] oder unhaltbare Rechtszuordnungen [5] korrigiert werden müßten bzw. daß zurückgewährt werden müsse, was nach dem Zuweisungsgehalt des Rechts dessen Inhaber zustehe [6]. Schließlich wird auch die Verletzung der vom Gesetz gewollten Opfergrenze als Grundlage für den Herausgabeanspruch des Eigentümers angesehen [7].

---

1) Festschrift f. Rabel S. 333 ff.
2) RG 97, 310; RG Seuff. Arch. 73, Nr. 51; RG 151, 127; BGH 14, 9; 20, 275; 20, 355;
Baur S. 85; Esser S. 781, 810; Fikentscher S. 526; Mestmäcker JZ 58, 521; Larenz II S. 370; Scheyhing AcP 157, 371; Soergel-Siebert vor § 812; Westermann S. 145.
3) Larenz II S. 370.
4) Esser S. 766.
5) Fikentscher S. 526.
6) Mestmäcker S. 521 ff; Esser S. 804.
7) Westermann S. 146.

Danach kann der Eigentümer von jedem, der sein Recht auf die ausschließliche Nutzung der Sache verletzt, die Herausgabe der durch die unberechtigte Inanspruchnahme des fremden Rechts eingetretenen Bereicherung verlangen [1].

Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs beim Verbrauch und bei der Benutzung fremder Sachen ist die Herausgabe des Vorteils, der unmittelbar aus dem Gebrauch, der Benutzung oder der Verwertung des fremden Gutes hervorgeht [2]. Da bei Gebrauchsvorteilen die Herausgabe des Erlangten wegen seiner Beschaffenheit nicht möglich ist, ist gem. § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten. Bei der Nutzung fremden Eigentums besteht der Vorteil des Käufers darin, daß er anderweitige eigene Aufwendungen erspart, wenn er unberechtigterweise eine dem Eigentümer gehörende Sache nutzt [3].

Mit diesem von der herrschenden Meinung dem Eigentümer zugebilligten Bereicherunsanspruch können alle in Betracht kommenden Fälle einer zufriedenstellenden Lösung zugeführt werden.

Hat der Käufer z.B. dem Eigentümer gehörendes Benzin verbraucht [4], kann der Eigentümer nach § 812 BGB den Wert der durch den Verbrauch des Benzins ersparten Aufwendungen herausverlangen. Der Käufer muß an ihn den Kaufpreis des Benzins bezahlen, soweit er es verbraucht hat. Eine Anrechnung des an den Verkäufer gezahlten Kaufpreises auf diesen Anspruch ist nicht

---

1) Esser S. 766, 807; Fikentscher S. 526; Mestmäcker S. 526.
2) BGH 20, 345; Esser S. 805; Fikentscher S. 527.
3) Esser S. 805.
4) Fall BGH 14, 7.

möglich [1]. Der Käufer ist nach der Zahlung an den Eigentümer wegen des an den Verkäufer gezahlten Kaufpreises auf den Schadensersatzanspruch gem. § 440 BGB angewiesen. Diese Regreßmöglichkeit hat der Käufer auch nach der einengenden Auslegung des § 440 Abs. 2 BGB durch die herrschende Meinung.

Hatte der Käufer die Sache bis zu ihrem Untergang noch nicht genutzt, z.B. weil sie kurz nach der Übergabe vernichtet wurde, steht dem Eigentümer kein Bereicherungsanspruch zu. Dies ist einleuchtend, weil dem Eigentümer ein Bereicherungsanspruch nur deshalb und insoweit zugebilligt wird, als ein Dritter durch die Nutzung der fremden Sache gegen die Rechtsgüterzuordnung verstößt. Deshalb kann der Eigentümer nach dem zufälligen Untergang der Sache auch nicht den Sachwert, sondern nur den dem Käufer entstandenen Gebrauchsvorteil kondizieren. Der Eigentümer ist somit auf seine Ansprüche gegen den Verkäufer und dessen Vordermänner beschränkt, wenn der Käufer durch die Nutzung der fremden Sache keine anderweitigen Aufwendungen erspart hat.

Daß dem Eigentümer bei dieser Sachlage kein Bereicherungsanspruch gegen den Käufer zustehen kann, ergibt sich auch aus der allgemeinen Regel des Sachenrechts, daß der Eigentümer die Gefahr des zufälligen Untergangs einer Sache trägt. Ein etwaiger Gefahrübergang aufgrund des Vertrages zwischen Verkäufer und

---

1) Dies ist die einhellige Meinung in Rechtsprechung und Literatur: RG 106, 7; RG Seuff Arch 66 Nr. 132; BGH 1, 81; 9, 335; 14, 9; von Caemmerer, Festschr. f. Rabel I S. 385; Enn.-Lehmann § 227 III 4 S. 912; Flume S. 154 ff; a. A. lediglich OLG Hamburg in NJW 51, 156 mit ablehnender Anm. von Liermann. Strittig ist nur die Frage, ob alle in ursächlichem Zusammenhang mit dem rechtsgrundlosen Erwerb stehenden Nachteile abzugsfähig sind; vgl. Esser S. 819; Larenz II S. 394 sowie die bei beiden zitierten Nachweise.

Käufer darf die beim Eigentümer stehende Sachgefahr nicht beeinflussen. Die Gefahrtragung beim Kauf betrifft lediglich die Preisgefahr, d.h. die Frage, ob der Kaufpreisanspruch des Verkäufers durch den zufälligen Untergang der Sache beeinflußt wird, läßt aber die sachenrechtliche Gefahrtragung unberührt, weil die Vorschrift des § 446 BGB, den Grundsätzen des Schuldrechts entsprechend, nur die Rechtsbeziehungen zwischen Schuldner und Gläubiger regelt.

Andere Ansprüche stehen dem Eigentümer gegen den Käufer nicht zu: Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis sind nach § 993 BGB nicht gegeben. Die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag können gem. § 687 Abs. 1 BGB ebenfalls nicht angewandt werden, weil der Käufer in den hier zu untersuchenden Fällen immer in dem Glauben handelte, Eigentümer der gekauften Sache zu sein.

Eine letzte Möglichkeit von Ansprüchen des Eigentümers gegen den Käufer ist noch zu prüfen: Die Anwendung des § 281 BGB. Wäre diese Vorschrift anwendbar, könnte der Eigentümer als Gläubiger des (durch den Untergang der Sache erloschenen) Vindikationsanspruchs vom Käufer als (ehemaligem) Schuldner dieses Anspruches die Herausgabe dessen, was der Käufer infolge des Untergangs der Sache empfangen hat, oder die Abtretung des Ersatzanspruches verlangen. Die Ansprüche des Eigentümers wären hier unabhängig von einer Benutzung oder einem Verbrauch der Sache seitens des Käufers.

Gegenstand eines solchen Anspruchs des Eigentümers wäre z. B. der Schadensersatz, den der Käufer von einem Dritten wegen der Zerstörung der Sache erhalten hat oder der Anspruch gegen einen solchen Schädiger. Auch die Ansprüche des Käufers

aus einer von ihm abgeschlossenen Versicherung über die untergegangene Sache müßten in den Anspruch aus § 281 BGB einbezogen werden [1], genauso wie der Erlös aus einem etwaigen Verkauf der Sache [2].

Die Ansprüche des Eigentümers, welche sich aus einer Anwendung des § 281 BGB ergeben würden, dürften aber nicht auf die Herausgabe des vom Verkäufer an den Käufer (abzüglich einer etwaigen Nutzungsvergütung) zurückbezahlten Kaufpreises oder die Abtretung der hierauf gerichteten Gewährleistungsansprüche des Käufers erstreckt werden. Die Bestimmung des § 281 BGB unterwirft nur die Gegenstände der Herausgabe bzw. die Forderungen der Abtretung, welche infolge des den Vindikationsanspruch unmöglich machenden Umstandes, also des zufälligen Untergangs, in das Vermögen des Schuldners gelangt sind. Es müßteein kausaler Zusammenhang zwischen dem Untergang des Anspruchs aus § 985 BGB und dem Vermögenszuwachs beim Käufer bestehen.

Dies ist aber nicht der Fall. Die Gewährleistungsansprüche des Käufers sind wegen der rechtsmangelhaften Lieferung des Verkäufers entstanden. Ein Kausalzusammenhang zwischen der Entstehung dieses Anspruches und dem Untergang der Sache besteht nicht. Der Käufer bekommt vom Verkäufer den Kaufpreis auch dann zurück, wenn die Sache noch existiert und an den Verkäufer oder Eigentümer herausgegeben werden kann.

Die Streitfrage, ob § 281 BGB auch auf den Herausgabeanspruch des Eigentümers nach § 985 BGB anwendbar ist, kann aus diesem

---

1) RG 89, 38; BGH LM § 281 Nr. 1.
2) Vgl. dazu unten § 14 Ansprüche des Eigentümers gegen den Verkäufer.

Grunde dahingestellt bleiben. Selbst wenn man diese Frage bejahen würde [1], würde sich hieraus kein Anspruch des Eigentümers gegen den Käufer auf Herausgabe des vom Verkäufer zurückbezahlten Kaufpreises oder eine Abtretung der den Kaufpreis betreffenden Gewährleistungsansprüche des Käufers ergeben.

Dem Eigentümer stehen somit keine Ansprüche gegen den Käufer zu, die es ihm ermöglichen würden, Ersatz des durch den zufälligen Untergang der ihm gehörigen Sache entstandenen Schadens vom Käufer zu erlangen. Er kann vom Käufer lediglich nach den Grundsätzen der Eingriffskondiktion eine Nutzungsvergütung fordern.

§ 14 Ansprüche des Eigentümers gegen den gutgläubigen Verkäufer.

Der Verkäufer hat gutgläubig [2] als Nichtberechtigter über das Eigentum des Eigentümers an der verkauften Sache verfügt. Da

---

1) Siehe unten S.97.

2) Ist der Verkäufer bösgläubig, haftet er gem. §§ 990, 989 BGB für jede schuldhaft veranlaßte Unmöglichkeit der Herausgabe an den Eigentümer, auch wenn er die Sache weiter veräußert hat (vgl. Staudinger § 990, 1 c).
Er kann die Schadensersatzzahlung allerdings nach § 255 BGB davon abhängig machen, daß der Eigentümer seine Ansprüche gegen den Käufer abtritt. Solche stehen wie oben ausgeführt, dem Eigentümer aus Eingriffskondiktion zu, wenn der Käufer die Sache ganz oder teilweise verbraucht hat. Auch die Anwendung des § 255 BGB führt somit dazu, daß der Käufer an den Verkäufer dasjenige herauszugeben hat, was er durch die Benutzung der fremden Sache erspart hat.
Der bösgläubige Verkäufer wird doppelt belastet. Er muß gem. §§ 989, 990 BGB dem Eigentümer den Wert der Sache ersetzen und an den Käufer z.B. bei nur teilweisem Verbrauch der Sache einen Teil des Kaufpreises zurückzahlen. Den Schaden, +

in den hier interessierenden Fällen die verkaufte Sache abhanden gekommen war, konnte der Käufer gem. § 935 BGB kein Eigentum erwerben, so daß die Verfügung des Verkäufers dem Eigentümer gegenüber unwirksam war. Dadurch entfällt für den Eigentümer die Möglichkeit nach § 816 BGB vom Verkäufer den Verkaufserlös herauszuverlangen, weil die Anwendung dieser Vorschrift eine dem Eigentümer gegenüber wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten voraussetzt.

Es bestand jedoch ein allgemein anerkanntes, praktisches Bedürfnis, dem Eigentümer einen Anspruch auf den Verkaufserlös zu verschaffen, wenn er seinen Eigentumsherausgabeanspruch aus § 985 BGB nicht realisieren konnte, weil z.B. der Aufenthalt der Sache nicht bekannt oder eine Inanspruchnahme der vielen Käufer von Teilmengen der gestohlenen Sache unzumutbar war. Deshalb suchte die Rechtswissenschaft und die Rechtsprechung nach Mitteln und Wegen, dem Eigentümer zu helfen.

1.) Ansprüche des Eigentümers vor dem Untergang der Sache.

Zunächst wurde § 281 BGB auf den dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers angewandt [1]. Doch schon bald darauf eröffnete das Reichsgericht dem Eigentümer die Möglichkeit, die Verfügung des Verkäufers nach §§ 184, 185 BGB nachträg-

---

der durch den zufälligen Untergang entstanden ist, trägt der bösgläubige Verkäufer. Dies ist des Hehlers Lohn.
Nach den Bestimmungen des Kaufrechts hat der bösgläubige Verkäufer auch nicht die Möglichkeit, bei seinen Vordermännern Regreß zu nehmen, weil ihm beim Besitzerwerb bekannt war, daß die von ihm erworbene Sache abhanden gekommen war (§ 439 BGB).

1) OLG (Hamburg) 45, 124 (= LZ 1925, 609); 45, 126 (= LZ 1926, 594); JW 1926, 1244, 2775; RG 105, 84; RG Recht 1926 Nr. 2416.

lich zu genehmigen [1], dadurch die Verfügung gegen den Eigentümer wirksam zu machen und dann gem. § 816 BGB den vom Verkäufer erlangten Verkaufserlös zu kondizieren. Dem hat sich der BGH [2] angeschlossen. Auch beinahe die gesamte neuere Literatur [3] hat sich im Prinzip dafür entschieden, dem Eigentümer einen Anspruch auf den Verkaufserlös auf dem Wege über §§ 184, 185, 816 BGB und nicht über § 281 BGB zu verschaffen.

Zwar kann nicht übersehen werden, daß viele und gewichtige Stimmen [4] sich dagegen wenden, den Eigentümer auf die Kondiktion gem. §§ 184, 185, 816 BGB zu verweisen und ihm den Anspruch aus § 281 BGB zu verweigern [5], und daß die ver-

---

1) RG 106, 44; 115, 34; 157, 44; HRR 1930, Nr. 281.
2) BGH LM § 816 Nr. 6, 9/10; BGH 29, 157; BGH NJW 62, 588.
3) Baur S. 85; v. Caemmerer, Festschr. f. Rabel S. 390; Dölle S. 22; Enn.-Nipperdey II § 204 Anm. 7 S. 1234; Enn.-Lehmann § 225 I 3 S. 901; Enn.-Wolff-Raiser § 84 VI 1 S. 327; Erman § 816, 1; Esser S. 811 (die in der 1. Aufl. S. 448 vertretene gegenteilige Meinung wurde ausdrücklich aufgegeben); Fikentscher S. 530; Larenz II S. 379; Horstmann S. 51; Leonhard II S. 510; Oertmann, Komm. § 816, 1 a; JR 1931, 5; Palandt § 281, 1 a; § 816, 1 b; Planck § 816 II 3; Raiser JZ 61, 24; RGRK § 816, 6 - 11; Seidel S. 67; Soergel-Siebert § 816, 2; § 985, 20; § 185, 14 (im Gegensatz zu § 281, 3); Staudinger § 816, 4; § 281, 3; Titze JW 1928, 2016; v. Tuhr II 2 S. 227, 229; Westermann S. 146; Wilckens AcP 157, 399.
4) J. v. Gierke ZHR 111, 67: "Man hat von der heute strittigsten Frage des geltenden Rechts gesprochen".
5) Für die Anwendung des § 281 BGB auf den Vindikationsanspruch des Eigentümers treten ein: Deubner MDR 58, 197; Dölle S. 29, der aber als Voraussetzung für die Geltendmachung des Anspruchs aus § 281 BGB die vorherige Genehmigung der unwirksamen Verfügung des Verkäufers durch den Eigentümer verlangt; Enn.-Nipperdey § 223 Anm. 11 S. 1372; Esser S. 350; J. v. Gierke ZHR 111, 67 ff; Heck Schuldr. S. 104, Sachenr. S. 127 ff; Peters AcP 153, 464 (ebenso in Erman 1. Aufl. § 985, 7); Soergel-Siebert § 281, 3 (erl. v. Reimer Schmidt); Staudinger § 281, 3; 10. Aufl. § 985, 4 (11. Aufl. ohne eigene Stellungnahme). +

schiedensten Versuche unternommen wurden, dem Eigentümer ohne vorherige Genehmigung einen Anspruch auf Herausgabe des Verkaufserlöses zu gewähren [1].

Auch ist bei den Autoren, welche den Weg über die §§ 184, 185, 816 BGB für den richtigen halten, nach wie vor strittig, ob in der Klage auf Herausgabe des Verkaufserlöses automatisch die Genehmigung liegt, wie die Rechtsprechung annimmt, oder ob diese Genehmigung, welche den Verlust des Eigentumsherausgabeanspruch zur Folge hat, an andere Voraussetzungen geknüpft sein, z.B. nur Zug um Zug gegen tatsächliche Erfüllung des Herausgabeanspruchs erfolgen [2] oder die Genehmigung unter der auflösenden Bedingung der Nichtbeitreibbarkeit des Kaufpreises stehen soll [3].

Gegen die Anwendung des § 281 BGB: Baur S. 85; Enn.-Lehmann § 225 I 3 c S. 902; Enn.-Wolff-Raiser § 84 VI 1 S. 326; Haymann Jher Jb 77, 289; Horstmann S. 44; Larenz I S. 241; Oertmann JR 1931, 5; Palandt § 281, 1 a; RGRK § 281, 1; Siber Jher Jb 89, 41; Soergel-Siebert § 985, 4; § 816, 11 b; Stoll, Festgabe S. 86; Titze JW 1928, 2016; Westermann S. 151.

1) So wollte Haymann (Jher Jb 77, 276; LZ 1930, 693; JW 1931, 1172) den § 816 BGB analog anwenden, um die mit der Genehmigung entstehenden Schwierigkeiten zu umgehen. Ähnlich auch Krawielicki Jher Jb 81, 285 f; Ohlshausen Gruch 48, 437. Siber (Jher Jb 89, 41) und ihm folgend Peters (AcP 153, 464 und in Erman 1. Aufl. § 985, 7) gaben dem Eigentümer bei Gutgläubigkeit des Verkäufers den Bereicherungsanspruch aus §§ 812, 818 BGB, während sie bei "deliktischem" Besitz § 687 II BGB (Siber) oder § 281 BGB (Peters) anwenden. Ähnlich sah auch Heck (Schuldr. S. 427) bei Gutgläubigkeit des Verkäufers die Tatbestände der §§ 812 u. 816 BGB ohne vorherige Genehmigung als gegeben an. Nach seiner Auffassung sei eine dem Eigentümer gegenüber wirksame Verfügung des Verkäufers deshalb vorhanden, weil mit der Besitzaufgabe durch den Verkäufer der Herausgabeanspruch des Eigentümers dem Verkäufer gegenüber untergegangen sei.

2) Dölle aaO S. 33; Enn.-Lehmann § 225 I 3 c S. 902; Esser S. 811; Larenz II S. 379; Leonhard II S. 510; Palandt § 816, 1 b; Planck § 816 I 3; RGRK § 816, 7; Soergel-Siebert § 816, 2.

3) Staudinger § 816, 4 a; Wilckens S. 400.

Diese noch offenen Streitpunkte, welche hier nicht näher untersucht werden können, ändern nichts daran, daß für die heutige Rechtslage die Genehmigung der unwirksamen Verfügung des Verkäufers durch den Eigentümer als der Weg angesehen werden muß, auf dem der Eigentümer vom Verkäufer den Kaufpreis erlangen kann. Dieser Anspruch entspricht der ständigen und einhelligen Rechtsprechung und wird als herrschende Meinung [1] bzw. als allgemeine Rechtsansicht [2] anerkannt.

Im übrigen würde die Anwendung von § 281 BGB auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen führen: Wäre der Verkäufer noch im Besitz des Kaufpreises, müßte er ihn gem. § 281 BGB an den Eigentümer herausgeben und wäre weiterhin den Gewährleistungsansprüchen des Käufers ausgesetzt. Der gutgläubige Verkäufer hätte, genauso, wie wenn er bösgläubig wäre [3], im ungünstigsten Falle den Kaufpreis doppelt zu zahlen.

Hätte der Verkäufer den Kaufpreis noch nicht erhalten, wäre die Abtretung des Kaufpreisanspruchs nach § 281 BGB für den Eigentümer wertlos, weil der Käufer auch gegenüber diesem nach §§ 404, 320 BGB die Zahlung des Kaufpreises verweigern könnte.

Wäre der Kaufpreis nach dem Rücktritt des Käufers oder als Schadensersatz wieder ganz oder teilweise an den Käufer zurückbezahlt, bekäme der Eigentümer nur den Teil des Kaufpreises, welcher der vom Käufer zu zahlenden Nutzungsentschädigung entspräche. Der Verkäufer hätte in diesem Fall durch die Verfü-

---

1) BGH NJW 62, 588; Palandt § 281, 1 a; Soergel-Siebert § 281, 3; Staudinger § 816, 4 a.
2) Deubner S. 197.
3) Siehe oben S. 95.

gung über das Eigentum an der Sache nur insoweit einen Ersatz erlangt, als er den Kaufpreis behalten durfte.

Diese unbefriedigenden Ergebnisse sprechen nicht gegen die hier entwickelte Auffassung, sondern gegen die Anwendung des § 281 BGB auf den Eigentumsherausgabeanspruch.

2.) Die Genehmigung der Verfügung des Verkäufers nach dem Untergang der Sache.

Solange die verkaufte Sache noch existiert und sich z.B. in abgenutztem Zustand beim Käufer befindet, ist nach allem der Kondiktionsanspruch des Eigentümers gem. §§ 184, 185, 816 BGB als gesichert anzusehen. Es fragt sich aber, ob die Aktivlegimitation des Eigentümers zur Genehmigung der unwirksamen Verfügung des Verkäufers auch über den Untergang der Sache hinaus bestehen bleibt, nachdem das Substrat des Eigentums untergegangen ist. Dieses Problem ist, soweit feststellbar, bisher noch nicht untersucht worden.

a) Die Genehmigungsbefugnis nach §§ 184, 185 BGB.
Aus den Erörterungen der Literatur und Rechtsprechung zu den §§ 184, 185 BGB läßt sich für diese Frage nicht viel gewinnen. Zwar wird gefordert, der Genehmigende müsse im Zeitpunkt der Genehmigung die rechtliche Macht haben, dem Mangel abzuhelfen [1], er müsse noch Berechtigter [2], noch Inhaber des Rechts sein [3]; die Zuständigkeit zur Genehmigung ergebe sich aus dem

1) Insbesondere RGRK § 184, 8 unter Bezugnahme auf RG 134, 287; ferner Oertmann Komm. § 185, 4 b; Soergel-Siebert § 185, 12; Staudinger § 184, 4.
2) Thiele S. 274.
3) Raape AcP 121, 289.

als "Rechtsspähre verstandenen Beziehungsgefüge jedes einzelnen Rechtssubjekts zu den Substraten der Umwelt" [1].

Diese Voraussetzungen für die Genehmigungsbefugnis wurden jedoch im Hinblick auf einen zwischenzeitlichen Übergang des weiterbestehenden Rechts auf eine andere Person aufgestellt. Strittig war hier lediglich, welche von mehreren Personen zur Genehmigung zuständig ist, nicht aber auch war die Frage zu beantworten, ob eine Genehmigung überhaupt noch möglich ist [2].

Eine andere Person als der ehemalige Eigentümer kommt aber für die Genehmigung der Verfügung des Verkäufers nicht in Betracht. Wer sollte auch eine in der Vergangenheit liegende Verfügung über das Eigentum an einer Sache genehmigen können, falls eine solche möglich ist, wenn nicht der alte Eigentümer?

Auch zu dem von Raape [3] angeführten Fall, daß der Eigentümer eine in seinem Namen von einem vollmachtlosen Vertreter vollzogene Veräußerung einer Sache genehmigt, die er in der Zwischenzeit derelinquiert hatte, kann keine Parallele gezogen werden. Der Grund für die Unzulässigkeit der Genehmigung liegt in diesem Fall in einem treuwidrigen Verhalten des Eigentümers. Dieser kann nicht das Eigentum aufgeben und es hinterher, wenn er sich einen Vorteil davon verspricht, wieder für sich beanspruchen.

---

1) Thiele S. 23, 32.
2) Insbesondere ging es um die Frage, ob die Voraussetzungen für den Schutz des guten Glaubens des Genehmigenden nur im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäftes oder auch noch bei der nachträglichen Genehmigung gegeben sein müssen (vgl. RG 134, 287 und Raape AcP 121, 289).
3) AcP 121, 291.

Der einzige Ansatz zur Lösung der gestellten Frage im Rahmen der §§ 184, 185 BGB ergibt sich aus § 184 Abs. 2 BGB. Es kann offengelassen werden, ob aus dieser Bestimmung der allgemeine Grundsatz abgeleitet werden darf, daß wohlerworbene Rechte Dritter, welche in der Zeit zwischen der Verfügung und der Genehmigung entstanden sind, durch die Genehmigung nicht beeinträchtigt werden [1], oder ob mit der ständigen Rechtsprechung [2] und der überwiegenden Meinung in der Literatur [3] einer engen Auslegung des § 184 Abs. 2 BGB der Vorzug zu geben ist, mit der Folge, daß der Verlust des Rechts, über das verfügt worden ist, den Eintritt der Rückwirkung in den von dieser Vorschrift nicht erfaßten Fällen nicht hindert [4].

Diese Kontroverse betrifft wieder den Fall, daß die Verfügungsmacht über ein weiter bestehendes Recht möglicherweise auf einen Dritten übergegangen ist. Für die Frage des zwischenzeitlichen Untergangs der Sache kann daraus aber entnommen werden, daß nach dem Übergang eines Rechts auf eine dritte Person die Zuständigkeit des alten Rechtsinhabers zur Genehmigung einer vor dem Rechtsübergang liegenden Verfügung nicht ausgeschlossen sein muß und die insbesondere von Raape [5] aufgestellte Forderung, der Genehmigende müsse noch Inhaber des Rechts sein, zumindest nicht zwingend ist. Auch die Formulierung des § 184 Abs. 2 BGB setzt voraus, daß die Genehmigungsbefugnis und die Inhaberschaft des Rechts auseinanderfallen können.

---

1) Dernburg § 114 III 2; Lehmann JW 1936, 2063 Nr. 3; Oertmann, Rechtsbedingung S. 98 ff mit weiteren Literaturangaben (im Gegensatz zu der zweifelnden Stellungnahme von Oertmann in Komm. § 184, 4 d); Planck 4. Aufl. § 184, 1 d.
2) RG 64, 217; 134, 123; JW 1936, 2063 Nr. 3; OLG Stuttgart NJW 1954, 36.
3) Enn.-Nipperdey § 204 IV 3 S. 1242; Soergel-Siebert § 184, 8; Staudinger § 184, 7 a; jeweils mit weiteren Literaturnachweisen.
4) So auch Thiele S. 273.
5) AcP 121, 289.

Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb dies nicht möglich sein soll: Genehmigt wird eine in der Vergangenheit liegende Verfügung. Zur Genehmigung ist naturgemäß zunächst derjenige berufen, der im Zeitpunkt der Verfügung Rechtsinhaber war. Nur wenn in der Zwischenzeit eine andere Person in die Position des alten Berechtigten nachgerückt ist, stellt sich die Frage, ob die Genehmigungsbefugnis des alten Rechtsinhabers erloschen ist.

In den anderen Fällen bleibt sie bestehen, solange das zu genehmigende Geschäft noch vorhanden ist. Deshalb wird auch als eigentlich selbstverständliche Voraussetzung verlangt, daß die Verfügung des Verkäufers im Zeitpunkt der Genehmigung noch bestehen muß [1]; z.B. könnte der Käufer in der Zwischenzeit wegen des Rechtsmangels den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt und damit der Verfügung des Verkäufers die Rechtsgrundlage entzogen haben. Durch den zwischenzeitlichen Untergang der Sache wird jedoch die Verfügung des Verkäufers nicht berührt. Sie bleibt weiterhin existent und zeitigt die mit ihr verbundenen Rechtswirkungen.

Aus den §§ 184, 185 BGB kann demnach die Frage, ob auch nach dem Untergang der Sache eine Genehmigung der unwirksamen Verfügung des Verkäufers möglich ist, nicht beantwortet werden. Diese Bestimmungen stehen aber einer nachträglichen Genehmigung auch nicht entgegen.

Insbesondere wenn man der herrschenden Meinung folgend aus § 184 Abs. 2 BGB den Schluß zieht, daß nur die dort aufgeführ-

---

1) Enn.-Nipperdey § 204 IV 1 S. 1240.

ten Verfügungen die Rückwirkung einer Genehmigung und damit auch die Möglichkeit einer Genehmigung ausschließen, kann gefolgert werden, daß andere Umstände, z.B. auch der zwischenzeitliche Untergang des Gegenstandes des Rechtsgeschäfts, diese Möglichkeit nicht berühren. Weitere Anhaltspunkte sind jedoch nicht ersichtlich.

b) Die Genehmigungsbefugnis im Rahmen des § 816 BGB.
Die Antwort auf die aufgeworfene Frage ergibt sich aus den Argumenten, welche von der Rechtsprechung und der Literatur im Zusammenhang mit der Zubilligung des Rechts an den Eigentümer, die Verfügung des Verkäufers nachträglich zu genehmigen, entwickelt worden sind. Aus ihnen muß der Schluß gezogen werden, daß die Genehmigung auch noch nach dem Untergang der Sache möglich sein muß.

Die Genehmigungsmöglichkeit soll an die Stelle des nicht oder z. Zt. nicht realisierbaren Eigentumsherausgabeanspruchs treten. Dies zeigt auch die Diskussion über die Folgen der Genehmigung und den damit eingetretenen Verlust des Eigentumsherausgabeanspruchs. Vielfach wird ein fortbestehender Vindikationsanspruch vorausgesetzt [1], zum Teil wird die Frage überhaupt nicht nächer untersucht, ob der z. Zt. nicht realisierbare Herausgabeanspruch noch besteht [2], während von verschiedenen Autoren die Möglichkeit der nachträglichen Genehmigung ausdrücklich auch für den Fall bejaht wird, daß die verkaufte Sache in der Zwischenzeit verbraucht oder weitgehend abgenutzt

---

1) Dölle aaO S. 22
2) RG 115, 31; BGH JZ 61, 24 (= LM § 816 Nr. 6);BGH NJW 60, 860 (= LM § 818 Nr. 9, 10); von Caemmerer, Festschr. f. Rabel S. 390 Anm. 213.

ist [1]. Aber auch bei den Schriftstellern, welche den Fall des Untergangs der Sache erwähnen, wird dieser Frage keine Bedeutung zugemessen. Die Gleichgültigkeit diesem Umstand gegenüber läßt nur den Schluß zu, daß nach allgemeiner Ansicht die Genehmigung auch nach dem Untergang der Sache möglich ist. Hätten insoweit Zweifel bestanden, wären diese mit Sicherheit in den angeführten Entscheidungen, Lehrbüchern, Kommentaren und Abhandlungen untersucht worden.

Eine unterschiedliche Behandlung der Fälle, in denen unsicher ist, ob das Eigentum noch besteht, und der Fälle, in welchen der Untergang der Sache feststeht, ist auch nicht gerechtfertigt. Die Interessenlage des Eigentümers ist in beiden Fällen dieselbe: Er kann seinen Eigentumsherausgabeanspruch nicht realisieren und will sich deshalb den Ertrag aus der Verwertung seines Eigentums sichern.

Es ist somit davon auszugehen, daß die Genehmigung der dem Eigentümer gegenüber unwirksamen Verfügung des Verkäufers auch noch nach dem Untergang der verkauften Sache möglich ist.

3.) Die Rechtsfolgen der Genehmigung.

Mit der Genehmigung der Verfügung des Verkäufers wird die Eigentumsübertragung vom Verkäufer auf den Käufer gem. §§ 185, 184 Abs. 1 BGB ex tunc wirksam [2]. Der Käufer wird so behan-

---

1) Enn.-Lehmann § 225 I 3 b S. 875; Esser 2. Aufl. S. 811 (im Gegensatz zur Vorauflage); Larenz II S. 356; Zitelmann AcP 99, 121; Staudinger § 816, 4 a.

2) Dölle S. 28; Enn.-Lehmann § 225 I 3 a S. 874 f; Oertmann, Komm. § 184, 4 c; Planck 4. Aufl. § 184, 1 a; RGRK 184, 8; Staudinger § 184, 4; Zitelmann AcP 99, 121.

delt, wie wenn er von Anfang an Eigentümer der verkauften Sache geworden wäre [1]. Der Rechtsmangel fällt mit der Genehmigung rückwirkend weg; er ist durch die Genehmigung des Eigentümers geheilt [2]. Damit haben auch die Gewährleistungsansprüche des Käufers gegen den Verkäufer wegen Nichterfüllung der Rechtsverschaffungspflicht ihre Rechtsgrundlage verloren.

Für die sich aus der Genehmigung ergebenden Ansprüche des Eigentümers ist zu unterscheiden, ob der Verkäufer im Zeitpunkt der Genehmigung den Kaufpreis noch im Besitz hat oder ob er ihn (abzügl. einer etwaigen Nutzungsentschädigung) bereits wieder an den Käufer zurückbezahlt hat.

Hat der Käufer seine Gewährleistungsansprüche auf (evtl. teilweise) Rückzahlung des Kaufpreises noch nicht geltend gemacht, ist der Ausgleich einfach: Der Eigentümer erhält nach § 816 Abs. 1 BGB vom Verkäufer den vollen Kaufpreis [3] heraus; der Käufer hat gegen den Verkäufer keine Ansprüche, weil er rückwirkend Eigentümer geworden ist und ihm deshalb keine Gewähr-

---

1) Enn.-Lehmann § 225 I 3 a S. 901: "Die Verfügung des Nichtberechtigten ist nicht als wirksam werdend, sondern als von Anfang an wirksam zu behandeln".

2) Larenz II S. 379.

3) Die Streitfrage, ob der Herausgabeanspruch des § 816 BGB nur den objektiven Wert des Erlangten oder den rechtsgeschäftlichen Gegenwert evtl. einschließlich des nur aufgrund besonderer Geschicklichkeit erzielten Gewinnes umfaßt, soll hier dahingestellt bleiben; vgl. dazu Staudinger § 816, 11. Wenngleich auch diese Frage von großer Bedeutung für die tatsächliche Höhe der den Beteiligten zustehenden Ansprüche ist, so ist sie doch unabhängig von den hier untersuchten Problemen. Im folgenden wird daher mit der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung der volle rechtsgeschäftliche Gegenwert, i.d.R. also der volle Kaufpreis als Gegenstand des Herausgabeanspruchs angesehen.

leistungsansprüche zustehen. Davon unberührt bleiben andere Schadensersatzansprüche des Käufers gegen den Verkäufer, z. B. weil der Verkäufer mit seiner Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung in Verzug geraten war.

Hatte zwischen dem Verkäufer und dem Käufer vor der Genehmigung der Verfügung durch den Eigentümer ein Ausgleich durch Rückzahlung des Kaufpreises (abzügl. einer Nutzungsentschädigung) schon stattgefunden, so muß dieses Geschäft wieder rückabgewickelt werden, weil der Rechtsgrund für die Schadensersatzzahlung oder den Rücktritt durch die Genehmigung des Eigentümers nachträglich weggefallen ist [1]. Die Schadensersatzansprüche oder Rückgewähransprüche des Käufers haben ihren rechtlichen Grund in der Rechtsmängelhaftung des Verkäufers. Fällt der Rechtsmangel nachträglich weg, weil der Eigentümer die Verfügung genehmigt, entfällt damit auch der rechtliche Grund für die Erfüllung dieser Ansprüche.

Der Verkäufer hat daher gegen den Käufer einen Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB, welcher auf die Herausgabe des vom Käufer Erlangten, also des gesamten, vom Verkäufer an den Käufer zurückbezahlten Betrages gerichtet ist. Diesen Bereicherungsanspruch hat der Verkäufer durch seine jetzt gegen den Eigentümer wirksame Verfügung erlangt. Auch er steht folglich dem Eigentümer zu.

Gem. § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Eigentümer nach der Genehmigung vom Verkäufer somit verlangen:

---

1) Dies anerkennt auch Wilckens S. 407, wenn er zu bedenken gibt, daß durch die Genehmigung die Schadensersatzansprüche aus Rechtsmangelhaftung beseitigt würden.

a) die Herausgabe des beim Verkäufer verbliebenen Teils des Kaufpreises und
b) die Abtretung des dem Verkäufer gegen den Käufer zustehenden Bereicherungsanspruches; dieser umfaßt den an den Käufer zurückbezahlten Teil des Kaufpreises.

Es wird nicht verkannt, daß dieses Ergebnis eine relativ komplizierte Rückabwicklung darstellt, falls dem Käufer der Kaufpreis bereits zurückbezahlt wurde. Der Grund hierfür liegt aber in der Rückwirkung der Genehmigung des Eigentümers und in den dadurch ausgelösten Folgen. Es müssen die Rechtsverhältnisse rückabgewickelt werden, welche durch die Rückwirkung der Genehmigung ihren Rechtsgrund verloren haben.

Im Endergebnis erhält somit der Eigentümer den gesamten Kaufpreis, nachdem er die Verfügung des Verkäufers genehmigt hat. Der Verkäufer hat weder Schaden noch Nutzen aus dem Geschäft; er hat lediglich umsonst gearbeitet [1]. Der Käufer schließlich steht so, wie er stehen würde, wenn ursprünglich fehlerfrei geleistet worden wäre.

Diese Lösung ergibt letztlich einen gerechten Ausgleich der Interessen aller Beteiligten, ohne daß sich Widersprüche zu den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 440 Abs. 2 und 350 BGB ergeben würden. Gegenüber der herrschenden Meinung hat die hier entwickelte Auffassung den Vorzug, daß sie einen gerechten Interessenausgleich auch dann ergibt, wenn der Eigentümer, z.B.

---

1) Den Gewinn muß er, so wenigstens die Rechtsprechung und die herrschende Meinung (vgl. oben S.106Anm. 3), an den Eigentümer herausgeben; seine Unkosten kann er gem. § 818 Abs. 3 BGB in Abzug bringen.

weil er den Verbleib der Sache nicht kennt, seine Ansprüche nicht geltend macht und der Ausgleich nur zwischen Verkäufer und Käufer vorgenommen werden muß.

Als Ergebnis kann bis jetzt festgehalten werden: Gefahrtragung und Gewährleistung für Rechtsmängel sind nicht voneinander unabhängig, weil der Käufer seine uneingeschränkten Ansprüche aus der Rechtsmängelhaftung des Verkäufers auch geltend machen kann, nachdem die Sache zufällig untergegangen ist.

Der Eigentümer kann jedoch die zunächst unwirksame Verfügung des Verkäufers über sein Eigentum auch nach dem Untergang der Sache gem. §§ 184, 185 BGB genehmigen. Durch diese Genehmigung kann der am Kaufvertrag nicht beteiligte Eigentümer den Gefahrübergang nachträglich herbeiführen, weil der Käufer mit der Genehmigung seine Gewährleistungsansprüche wegen Nichterfüllung der Rechtsverschaffungspflicht verliert bzw. der rechtliche Grund für bereits geleistete Rückzahlungen seitens des Verkäufers wegfällt.

Es zeigt sich, daß ein billiger Ausgleich der Interessen von Käufer, Verkäufer und Eigentümer auch dann gegeben ist, wenn als Voraussetzung für den Gefahrübergang nach § 446 BGB eine rechtsmängelfreie Besitzverschaffung gefordert wird.

D) Sonderfälle des Kaufrechts.

§ 15 Kauf unter Eigentumsvorbehalt.

Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt ist in seiner normalen Erscheinungsform (§ 455 BGB) ein unbedingter Kaufvertrag, der mit einem durch die Nichtzahlung des Kaufpreises aufschiebend bedingten Rücktrittsrecht verbunden ist [1]. Aus ihm werden sofortige Sachübergabe und aufschiebend bedingte Übereignung geschuldet.

Erst nach Ausübung des Rücktrittsrechts, nach Auflösung des ursprünglichen Kaufvertrages, darf die Rückgabe der Kaufsache verlangt werden. Insoweit kann die Übergabe auch als endgültig und unbedingt bezeichnet werden. Sie entspricht derjenigen beim normalen Kaufvertrag. Lediglich der Eigentumsübergang steht unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Zahlung des Kaufpreises.

Die Gefahr des zufälligen Untergangs geht daher auch beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt grundsätzlich bereits mit der Besitzverschaffung auf den Käufer über. Die herrschende Meinung läßt es hierbei bewenden, so daß auch bei dieser Sonderform des Kaufes die bloße Besitzübertragung den Gefahrübergang herbeiführt [2]. Demgegenüber wird von der Gegenmeinung, die sich im

---

1) Enn.-Lehmann § 118 B S. 478 ff.

2) RG 85, 321; OLG (Colmar) 8, 445; OLG (Hamburg) 12, 53; OLG (Jena) 13, 409; OLG (Celle) 24, 322.
Adler ZHR 72, 412; Biermann Recht 1915, 158; Enn.-Lehmann § 118 A III 1 c S. 466; Hanke S. 22; Kisch Unmögl. S. 67; Kluckhohn Jher Jb 64, 114 ff; Oertmann Komm. § 455, 6, 4. Aufl. (im Gegensatz zur 3. Aufl.); Palandt § 446, 3; Planck § 455, 2 d (4. Aufl. im Gegensatz zur 3. Aufl.); RGRK § 446, 4; +

wesentlichen aus älteren Schriftstellern zusammensetzt, der Gefahrübergang erst mit dem Bedingungseintritt, mit dem Eigentumsübergang angenommen [1].

Nach der hier vertretenen Auffassung geht beim normalen Kaufvertrag die Gefahr beim Vorliegen von Rechtsmängeln deshalb nicht über, weil der Verkäufer seiner Rechtsverschaffungspflicht nicht nachgekommen ist. Es wird dabei vorausgesetzt, daß der Verkäufer zu dem Zeitpunkt, in welchem der Gefahrübergang angenommen wird, zur rechtsmängelfreien Eigentumsübertragung verpflichtet ist. Dies ist aber beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt nicht der Fall.

Es fragt sich daher, welches Abgrenzungskriterium beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt an die Stelle der Verletzung der Rechtsverschafffungspflicht gesetzt werden muß. Die Lösung dieser Frage ergibt sich, wenn man die Verpflichtungen des Verkäufers näher betrachtet:

Der Verkäufer hat in der Regel nicht nur im Zeitpunkt des Bedingungseintritts den Erwerb des Eigentums durch den Käufer zu ermöglichen, sondern schon bei der Übergabe die Lage herzustellen, daß zum Eigentumsübergang nur noch der Käufer durch die Bezahlung des Kaufpreises den Eintritt der Bedingung herbeizuführen braucht. Der Rechtsübergang muß sich "ohne Mitwirkung,

---

Rühl S. 197 ff; Staudinger § 455, 11; Stern S. 96; Stölzle LZ 1915, 500; Titze Unmögl. S. 258; Ziegler JW 1910, 798; weitere Nachweise bei OLG (München) 28, 121 (= Seuff. Arch. 68 Nr. 34).

1) OLG (Colmar) 24, 321; OLG (München) 28, 121 (mit Literaturangaben); Cosack § 183 II 3 b Beisp. II S. 517; Crome II § 416, 2 a; Dernburg II 2 § 171 Anm. 13; Eccius Gruch 41, 883; Endemann I S. 972.

selbst ohne Hinderungsmöglichkeit des Verkäufers" [1] vollziehen können. An die Stelle der rechtsmängelfreien Übergabe tritt hier die Verpflichtung des Verkäufers, die ihm zur Herstellung des Leistungserfolges obliegenden Leistungshandlungen vollständig und rechtswirksam [2] vorzunehmen [3].

Dies zeigt sich auch, wenn man das nach der Übergabe dem Käufer erwachsende Anwartschaftsrecht berücksichtigt [4]. Dieses kann nur entstehen, wenn auf Seiten des Verkäufers keine Hindernisse für die Übertragung des Vollrechts vorhanden sind.

Für den Gefahrübergang bedeutet dies, daß nur bei einer Übergabe, die geeignet ist, sowohl das Anwartschaftsrecht, als auch nach Bedingungseintritt das Volleigentum beim Käufer entstehen zu lassen, die Gefahr mit der Besitzübertragung auf den Käufer übergeht. Der Verkäufer muß auch beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt seiner Rechtsverschaffungspflicht in dem Umfang nachgekommen sein, als sie bei dieser Sonderform des Kaufs besteht. Ist dies nicht der Fall, geht die Gefahr mit der Besitzverschaffung nicht auf den Käufer über.

Mit der von Oertmann [5] entwickelten Formel von der Vornahme

---

1) Oertmann ZHR 93, 388 ff.
2) Die Leistungshandlungen dürfen z.B. nicht von einem Geschäftsunfähigen vorgenommen worden sein (vgl. Staudinger § 446, 15). Dieser Umstand berührt die hier zu untersuchenden Fragen nicht.
3) Larenz II S. 69; Oertmann ZHR 93, 388 ff; Staudinger § 446, 15.
4) Enn.-Lehmann § 118 III 1 a S. 479; Larenz II S. 70 ff; Staudinger § 455, 43; Westermann S. 215 ff; Wolff-Raiser § 2 II 3 b S. 12 und dortige ausführliche Literaturhinweise.
5) ZHR 93, 388 ff.

aller "zur Herstellung des Leistungserfolges erforderlichen Leistungshandlungen" lassen sich die in Frage kommenden Fälle angemessen lösen:

In der Regel liegt eine Verletzung der im Zeitpunkt der Übergabe bestehenden Leistungsverpflichtungen des Verkäufers vor, wenn er mit der Übergabe nicht die Voraussetzungen dafür schafft, daß beim Käufer nach Zahlung der ersten Kaufpreisrate ein Anwartschaftsrecht entstehen kann. Hier hat der Verkäufer noch nicht alle Leistungshandlungen vorgenommen, so daß die Gefahr noch nicht auf den Käufer übergegangen ist. Geht die Sache unter, kann der Käufer die weitere Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als dieser die von ihm an den Verkäufer zu zahlende Nutzungsentschädigung übersteigt. Das Ergebnis entspricht dem für den unbedingten Kauf gefundenen.

Ein Fall bedarf hier der besonderen Erwähnung: Der Verkäufer ist bei der Übergabe noch nicht Eigentümer, kann aber mit grosser Wahrscheinlichkeit damit rechnen, die Genehmigung des Eigentümers zum Verkauf bis zum Bedingungseintritt zu erlangen. Die Sache geht unter, bevor der Verkäufer die Genehmigung des Eigentümers erlangt.

Wenn der Käufer von diesem Sachverhalt weiß, hat er keinen Anspruch auf ein Anwartschaftsrecht vom Zeitpunkt der Zahlung der ersten Kaufpreisrate an, sondern erst von dem Zeitpunkt, in welchem der Verkäufer die Genehmigung des Eigentümers erlangt. Erstreckt sich hier die vertragliche Verpflichtung des Verkäufers darauf, die Genehmigung des Eigentümers herbeizuführen, so liegt eine Verletzung seiner Verpflichtungen dann vor, wenn ihm dies nicht gelingt [1].

---

1) Vgl. Böhmer JZ 53, 392: Der Verkäufer, der bemüht ist, den +

Ein Grund, die Gefahr auf den Käufer übergehen zu lassen, ist erst gegeben, wenn alle Leistungshandlungen des Verkäufers vollzogen worden sind. Er muß also durch die Beschaffung der Genehmigung des Eigentümers die Eigentumsübertragung vorbereiten. Erst wenn auch diese Verpflichtung erfüllt ist, geht die Gefahr über.

Genehmigt der Eigentümer die unwirksame Verfügung des Verkäufers, wird durch die Rückwirkung der Genehmigung die Situation herbeigeführt, daß alle Leistungshandlungen des Verkäufers im Zeitpunkt der Übergabe wirksam vorlagen und somit der Gefahrübergang erfolgte.

Der Gefahrtragung des Verkäufers entspricht eine verschärfte Haftung des Käufers. Dieser weiß, daß er solange nicht sicher mit der Eigentumsverschaffung rechnen kann, als die Genehmigung des Eigentümers noch aussteht. Seine Freiheit, die Sache zu nutzen, ist dadurch eingeschränkt, daß er bei Verweigerung der Genehmigung als bösgläubiger Besitzer im Sinne des § 990 BGB anzusehen ist.

Abschließend kann für den Gefahrübergang beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt gesagt werden, daß mit der von Oertmann [1] entwickelten, von Staudinger [2] und Larenz [3] übernommenen Einschränkung des Gefahrübergangs angemessene Ergebnisse auch beim Vorliegen von Rechtsmängeln erzielt werden können. Wenn die Gefahrtragung bei der Übergabe einer rechtsmangelhaften Sache beim Verkäufer verbleibt, wird insbesondere ver-

---

Rechtsmangel zu beseitigen, sei nicht vertragsbrüchig.

1) ZHR 93, 388 ff.
2) § 446, 15.
3) II S. 69.

hindert, daß der Verkäufer, solange der Eigentümer nicht in Erscheinung tritt, im Genuß des Kaufpreises bleibt, während der Käufer unter Umständen jahrelang die Kaufpreisraten bezahlen muß, obwohl er weiß, daß er an der untergegangenen Sache nie hätte Eigentum erwerben können.

§ 16 Die Traditionsurrogate.

Die Frage, welche Ersatzmittel der Übergabe den Gefahrübergang herbeiführen, war eines der umstrittensten Probleme im Bereich der Gefahrtragung. Eine entscheidende Rolle bei der Diskussion dieser Frage hat hierbei die Auslegung des § 446 BGB im Sinne der Besitzverschaffungstheorie gespielt.

Die Vertreter der Eigentumsverschaffungstheorie [1], die den eigentlichen Grund des Gefahrübergangs in der Übertragung des Eigentums sehen, bejahen naturgemäß den Gefahrübergang bei allen Arten des Übergabeersatzes, weil diese Akte der Eigentumsübertragung dienen und im Sinne der §§ 929 ff BGB die Übergabe ersetzen [2]. Sie finden in §§ 929 II, 930, 931 BGB das Hauptanwendungsgebiet ihres Grundsatzes; denn im Falle eigentumsverschaffender Übergabe gem. § 929 I BGB ist wegen § 323 BGB kein Raum mehr für die Gefahrtragung, weil der Verkäufer seine sämtlichen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag erfüllt hat [3].

---

1) Siehe oben S. 29 Anm. 2.
2) Cosack I § 183 I 2 S. 515.
3) Neben den Vertretern der Eigentumsverschaffungstheorie sind dieser Auffassung auch: Adler ZHR 72, 400; Düringer-Hachenburg, Einl. vor § 373, 87; Enn.-Lehmann § 103 II 1 S. 416; Hanke S. 18 f; Heck Schuldr. S. 261; Martinius AfBR 17, 54; Oertmann Komm. § 446, 1 c; Ehrenbergs Hdb IV 2 S. 428; Staudinger § 446, 12; Stern S. 4; Titze Unmögl. S. 256; im Ergebnis auch Eccius, Gruch 41, 883 und Kohler II 1 S. 249.

So begründet Titze [1] den Gefahrübergang bei sämtlichen Traditionsurrogaten damit, daß die Verpflichtung des Verkäufers in diesen Fällen auf die Verschaffung des Eigentums beschränkt sei. Noch einen Schritt weiter geht Lübbe [2], der die Anwendung des § 446 BGB bei den Ersatzmitteln der Übergabe überhaupt ablehnt und den Gefahrübergang direkt mit § 323 BGB begründet. Oertmann dagegen [3] lehnt den Gefahrübergang bei der Eigentumsübertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs ab, weil der Erwerbstatbestand des § 931 BGB "zu fragil" sei, um den Käufer bereits jetzt die Gefahr tragen zu lassen.

Kann diese Auffassung wenigstens im Ergebnis noch als relativ einheitlich bezeichnet werden, so weichen die Stellungnahmen der Schriftsteller, welche die Besitzverschaffungstheorie vertreten, sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis erheblich voneinander ab [4]:

Beinahe unbestritten ist die Annahme des Gefahrübergangs bei § 929 Satz 2 BGB und bei § 854 II BGB [5]. Für die übrigen Ersatzformen, das Besitzkonstitut und die Abtretung des Herausgabeanspruchs, lassen sich hauptsächlich drei Auffassungen unterscheiden:

Die erste Gruppe [6] läßt die Gefahr immer dann übergehen, wenn und weil dem Käufer das Eigentum verschafft worden ist und der

---

1) Unmögl. S. 256.
2) S. 11 f.
3) Komm. § 446, 1 a.
4) Ausführl. Darstellung bei Palleske S. 34 ff; Vollmer S. 57 ff.
5) Literatur bei Doster S. 19 Anm. 10; anderer Ansicht nur die Diss. Froelich S. 37; Poiger S. 35; Lübbe S. 11.
6) Eneccerus (9. Bearbeitung) § 326 Anm. 7 S. 311; Kisch Unmögl. S. 62; RGRK § 433, 162 u. 163; Palleske S. 57.

Verkäufer seine Verpflichtungen voll erfüllt hat. Sie stellen die Surrogate einfach der Übergabe gleich. Die zweite Gruppe [1] interpretiert den Begriff der Übergabe als Verschaffung zumindest mittelbaren Besitzes. Die dritte Gruppe [2] hält an der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes als entscheidendem Kriterium fest und bejaht demgemäß den Gefahrübergang (außer bei § 854 II BGB) bei der brevi manu traditio nach § 929 Satz 2 BGB und vereint ihn in den Fällen der §§ 930, 931 BGB.

Aus der vorliegenden Untersuchung ergeben sich für diese Fälle keine neuen Gesichtspunkte. Da bei der hier vertretenen Auffassung besonders der Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen in dem Umfang, wie sie zur Zeit der Besitzverschaffung bestehen, Bedeutung beigemessen wird, muß der Gefahrübergang dann angenommen werden, wenn der Verkäufer diese Verpflichtungen, die auch auf Verschaffung bloß des mittelbaren Besitzes gerichtet sein können, erfüllt hat. Auch hier müssen aber, entsprechend der Oertmann'schen Formel, die Ersatzmittel der Übergabe geeignet sein, ohne weitere Leistungshandlungen des Verkäufers den Eigentumsübergang eintreten zu lassen.

Für die einzelnen Traditionssurrogate gilt folgendes [3]:

---

1) Düringer-Hachenburg, Einl. vor § 373, 87; Hanke S. 18; Kohler II S. 249; Oertmann ZHR 93, 390 ff; Schubert S. 43; OLG (Hamburg) 39, 168.
Beschränkt auf § 930: Dernburg II 2 § 174 III S. 31; Goldmann-Lilienthal I S. 479.

2) Brodmann S. 222 Anm. 10; Emerich S. 35, 44; Endemann I § 159 a Nr. 5 a Anm. 36 S. 950 f; Esser S. 215; Kluckhohn S. 142; Leonhard, Schuldr. II S. 20 f; Planck § 446, 2 b; O. v. Gierke III S. 448; Diss.: Hogrewe S. 42; Koch S. 38 f; Schäfer S. 20; Wismeyer S. 55 f.

3) Diese Auslegung vertritt auch Staudinger § 446, 12, 13, 15.

Bei § 929 Satz 2 BGB ist die Verpflichtung des Verkäufers zur Besitzverschaffung nicht real, weil der Käufer bereits im unmittelbaren Besitz der Kaufsache ist. Hier ist die Gefahr übergegangen. Bei § 930 BGB hat der Verkäufer mit der Einräumung des mittelbaren Besitzes der Besitzverschaffungspflicht aus dem Kaufvertrag genügt und hat damit die Voraussetzungen für den Gefahrübergang geschaffen. Bei der Abtretung des Herausgabeanspruchs besteht dieselbe Situation, wenn der Verkäufer mittelbarer Besitzer der Sache ist. Dann tritt er in der Regel neben dem Eigentumsherausgabeanspruch auch den Herausgabeanspruch aus dem den mittelbaren Besitz begründenden Kausalverhältnis mit ab, so daß die notwendige Beziehung des Käufers zur Sache hergestellt [1] und die Gefahr übergegangen ist.

Die hier entwickelte Auslegung des § 446 BGB bringt somit für den Gefahrübergang bei den Traditionssurrogaten keine neuen Ergebnisse. Dies kann auch nicht anders sein; denn diese Arbeit geht davon aus, daß die Gefahr grundsätzlich mit der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes übergeht. Der Streitpunkt, welche Ersatzformen der Übergabe der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes gleichzustellen sind, wird von der Rechtsmängelhaftung nicht berührt.

Aber auch bei den Traditionssurrogaten muß die Forderung aufrechterhalten bleiben, daß Voraussetzung für einen Gefahrübergang die Erfüllung der Rechtsverschaffungspflicht seitens des Verkäufers ist. Ist die Leistung des Verkäufers, die auch in der Einräumung des mittelbaren Besitzes oder in der bloßen Ermög-

---

1) Ebenso Enn.-Lehmann § 103 II 1 S. 416; Oertmann ZHR 93, 390 ff; OLG (Hamburg) 39, 168.

lichung der Besitzergreifung durch den Käufer liegen kann, nicht frei von Rechtsmängeln, geht die Gefahr bei den Traditionssurrogaten genausowenig über wie bei der normalen Übergabe in der Form der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes.

§ 17 Die Gefahrtragung bei Annahmeverzug des Käufers.

Mit diesen Grundsätzen stimmt auch der Gefahrübergang bei Annahmeverzug des Käufers überein, wie ihn das Gesetz in § 324 Abs. 2 BGB festlegt [1]. Nach dieser Vorschrift geht die Preisgefahr mit dem Eintritt des Annahmeverzugs auf den Käufer über. Der Gefahrübergang kann in diesem Falle bereits vor der Übergabe erfolgen [2]. § 446 BGB steht diesem Gefahrübergang nicht entgegen [3].

Der Annahmeverzug des Käufers tritt gem. §§ 293 ff BGB ein, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Der Eintritt des Gläubigerverzugs ist jedoch gem. § 297 BGB ausgeschlossen, wenn der Verkäufer zur Zeit des Angebots außer Stande ist, die Leistung zu bewirken. Nach allgemeiner Auffassung [4] muß das

---

1) §§ 243 Abs. 2 und 300 Abs. 2 BGB befassen sich nicht mit der Preisgefahr, sondern mit der Leistungsgefahr; vgl. dazu RG 103, 15.
2) Staudinger § 446, 26.
3) RG Recht 20, 2349.
4) Enn.-Lehmann § 57 II 2 S. 243; Oertmann Komm. § 293, 1 e; Planck § 293, 1; Soergel § 293, 1; Staudinger § 293, 1 a; Larenz I S. 285 und dort zitierte weitere Literatur. Problematisch ist lediglich, ob Unmöglichkeit oder Annahmeverzug vorliegt, wenn der Schuldner an sich zur ordnungsgemäßen Leistungshandlung im Stande wäre, aber die Leistung aus in der "Einflußsphäre" des Gläubigers liegenden Gründen nicht bewirken kann. Vgl. hierzu Boehmer, Grundlagen II 2 S. 186 ff; Enn.-Lehmann § 57 II 1 S. 242; Larenz I S. 239; +

Leistungsangebot des Verkäufers vertragsgemäß, vollständig und so gestaltet sein, daß bei entsprechender Mitwirkung des Käufers der Leistungserfolg herbeigeführt wird. Die Leistung müsse so erfolgen, daß der Gläubiger nur zuzugreifen brauche [1].

Es wird verschiedentlich betont, daß die vom Schuldner angebotene Leistung den geschuldeten Inhalt haben [2] und zur gehörigen Erfüllung tauglich sein muß [3]. Das Angebot einer mit einem Rechtsmangel behafteten Sache seitens des Verkäufers entspricht jedoch nicht den gem. §§ 433 ff BGB übernommenen Verpflichtungen. Es liegt zumindest eine teilweise Nichterfüllung der Leistungspflichten des Verkäufers vor [4], die nicht geeignet ist, einen Annahmeverzug des Käufers zu begründen.

Von einigen Autoren [5] wird auch angenommen, es liege immer völlige Unmöglichkeit vor, wenn der Verkäufer einzelne von mehreren ihm obliegenden Hauptverpflichtungen nicht erfüllen kann. Ob diese Annahme richtig ist, kann offengelassen werden [6].

Würde man dieser Auffassung folgen, stünde bereits der Wortlaut des § 297 BGB dem Eintritt des Annahmeverzugs des Käufers beim Vorliegen eines Rechtsmangels entgegen. Aber auch, wenn man mit der herrschenden Meinung ein teilweises Unvermögen des Verkäufers annimmt, kann am Ergebnis des Nichtein-

---

Oertmann AcP 116, 4. Diese Frage ist jedoch unabhängig von der Gewährleistung für Rechtsmängel.

1) RG 85, 415; 109, 328; Erman § 294, 1; RGRK § 294, 1; Soergel § 294, 1.
2) Staudinger § 294, 2.
3) RGRK § 294, 1.
4) Siehe oben S. 20 und Enn.-Lehmann § 107, I 3 S. 427.
5) Titze, Unmögl. S. 45; Staudinger § 440, 8.
6) Vgl. dazu oben S. 68.

tritts des Annahmeverzugs nicht gezweifelt werden, weil das Leistungsangebot des Verkäufers nicht vertragsgemäß, sondern mit einem wesentlichen Mangel behaftet ist.

Für den Fall des Annahmeverzugs des Käufers ergeben sich somit gegenüber der herrschenden Meinung keine unterschiedlichen Ergebnisse. Dies ist natürlich, weil in diesen Fällen eine Übergabe der Sache an den Käufer noch nicht stattgefunden hat.

Es zeigt sich aber auch hier, daß die in dieser Arbeit vertretene Auffassung gegenüber der uneingeschränkten Besitzverschaffungstheorie die harmonischere Lösung ergibt: Unterbleibt die Übergabe der mit einem Rechtsmangel behafteten Sache, ist das Vorhandensein des Rechtsmangels entscheidend dafür, daß ein Annahmeverzug des Käufers und damit der Gefahrübergang nicht eintritt. Wird dieselbe Sache an den Käufer übergeben, ist der Rechtsmangel nach der uneingeschränkten Besitzverschaffungstheorie für den Gefahrübergang ohne jede Bedeutung, während er nach der hier entwickelten Ansicht weiterhin den Gefahrübergang ausschließt.

§ 18 Der Gefahrübergang beim Gattungskauf.

Beim Verkauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache ergeben sich gegenüber dem Stückkauf lediglich Unterschiede vor der Beschränkung des Schuldverhältnisses auf eine bestimmte Sache oder eine bestimmte Anzahl von Sachen. Nach der Konzentration des Schuldverhältnisses ergeben sich keine Unterschiede gegenüber dem Stückkauf, weil nur noch die konkret bestimmte Sache geschuldet wird [1].

---

1) Breit S. 113; Düringer-Hachenburg § 360, 7; Eißer S. 9; Enn.-

Vor der Konkretisierung des Schuldverhältnisses, solange der Leistungsgegenstand noch nicht individuell bestimmt ist, nimmt die durchaus herrschende Meinung an, daß die Konzentration Voraussetzung für den Übergang der Preisgefahr ist, weil die für den Gefahrübergang erforderlichen Handlungen des Verkäufers in jedem Fall auch die Konzentration bewirken [1]. Wird das Schuldverhältnis aber auch konkretisiert, wenn der Verkäufer zwar die erforderlichen Leistungshandlungen vornimmt, aber zur vollen Rechtsverschaffung nicht in der Lage ist?

Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus § 480 BGB: Danach kann der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache statt der Wandelung oder Minderung die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Aus dieser Vorschrift wird überwiegend gefolgert [2], daß zur Konzentration des Schuldverhältnisses eine mangelfreie Sache notwendig sei. Der Schuldner habe gem. § 243 BGB eine Sache mittlerer Art und Güte zu liefern, um alles seinerseits Erforderliche getan zu haben. Bei Lieferung einer man-

---

Lehmann § 6 I S. 29 f; Fischer Jher Jb 51, 168; Harder S. 28; Oertmann Komm. § 243, 4; Palandt § 243, 3; Planck § 243, 4; RGRK § 243, 3; Staudinger § 243, 38.

1) Dies ist auch bei der Sammelsendung, dem unabgeteilten Versand von gleichartigen Waren für verschiedene Käufer der Fall. Vgl. zu diesen ganzen Fragen, die hier nicht näher untersucht zu werden brauchen, Doster S. 111 ff und die dortigen ausführlichen Literaturangaben.

2) RG 69, 409; Enn.-Lehmann § 103 II 1 c S. 416; Goldmann HGB § 373, Ziff. 83; Haymann, Anfechtung S. 18; Hoeniger LZ 1911, 579 (im Gegensatz zu Düringer-Hachenburg-Hoeniger, Einl. v. § 373, 101); Oertmann Komm. § 446, 1 f und 4; Ehrenbergs Hdb IV 2 S. 432; Planck § 243, 6 a; § 447, 3; RGRK § 480, 1; Soergel § 480, 1; Staub-Heinichen, Anhang zu § 382, 45 b, 51, 55 a; Staudinger § 480, 2; Warneyer § 446, II, 11; Diss.: Cuno S. 24 f; Kleinrath S. 33 f; Schäfer S. 30 f; Stern S. 31.

gelhaften Sache würde sich deshalb das Schuldverhältnis nicht auf diese Sache beschränken.

Diese Annahme hat zur Voraussetzung, daß im Gegensatz zum Stückkauf [1] beim Gattungskauf wegen der Vorschrift des § 480 BGB bei mangelhafter Lieferung eine teilweise Nichterfüllung vorliegt, weil der Käufer die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen kann. Hier wird somit anerkannt, daß bei teilweiser Nichterfüllung einer Leistungspflicht die Konkretisierung des Schuldverhältnisses nicht stattfindet [2]. Dies muß auch für die Lieferung einer mit einem Rechtsmangel behafteten Sache gelten, weil auch in diesem Fall die teilweise Nichterfüllung einer Hauptpflicht vorliegt.

So gesteht auch Adler [3], der wohl konsequenteste Vertreter der uneingeschränkten Besitzverschaffungstheorie, für den Gattungskauf zu, daß hier in allen Fällen ein Schaden des Käufers bestehe, weil "der Verkäufer hätte eine Sache liefern sollen, deren Eigentum er verschaffen konnte". Diese Verpflichtung hat der Verkäufer jedoch auch beim Stückkauf. Nach dem zufälligen Untergang der rechtsmangelhaft gelieferten Sache befindet sich

---

1) Siehe oben S. 20.

2) Folgerichtig wird deshalb auch die Konzentration anerkannt, wenn der Käufer die gelieferte Sache als Vertragserfüllung gelten läßt und sich auf das Wandlungs- und Minderungsrecht beruft, das ihm gem. § 480 BGB ebenfalls zusteht. Wenn der Käufer die mangelhafte Sache ablehne und an deren Stelle die Lieferung einer mangelfreien Sache verlange, stelle er sich auf den Standpunkt, daß die Leistungshandlungen des Verkäufers zur Herbeiführung des Leistungserfolges und deshalb zum Eintritt der Konzentration nicht geeignet waren; so Enn.-Lehmann § 103 II 1 c S. 416; Planck § 243, 6 a; Doster S. 117 f; RG 52, 354.

3) ZHR 72, 402.

der Käufer in derselben Lage, gleichgültig, ob die verkaufte Sache zunächst nur der Gattung nach oder von Anfang an konkret bestimmt war [1].

Noch ein weiteres Argument bedarf hier der Beachtung: Die Konzentration gem. § 243 Abs. 2 BGB tritt ein, wenn "der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan" hat. Dies hat er nach allgemeiner Ansicht nicht schon mit der Ausscheidung, sondern erst dann, wenn er die Sache dem Gläubiger in den Annahmeverzug begründender Weise angeboten hat [2]. Hierzu ist aber das Angebot einer von Rechtsmängeln freien Sache notwendig [3]. Dementsprechend bestimmt auch § 324 Abs. 2 BGB den Übergang der Preisgefahr.

Beim Gattungskauf anerkennt somit die überwiegende Meinung, daß eine nur teilweise Erfüllung der Verpflichtungen des Verkäufers die Konzentration des Schuldverhältnisses nicht herbeiführen kann. Trotzdem wird von einigen Autoren [4] der Gefahrübergang auch bei vertragswidriger Beschaffenheit der Ware bejaht, u.a. auch, um an der uneingeschränkten Besitzverschaffungstheorie festhalten zu können. Demgegenüber ist jedoch daran festzuhalten, daß die Konzentration des Schuldverhältnisses Voraussetzung für den Übergang der Preisgefahr ist. Dies ist die gleiche Lösung, die in der vorliegenden Arbeit unter Berücksichtigung der Gewährleistung für Rechtsmängel auch beim Stückkauf entwickelt wurde.

---

1) So auch Enn.-Lehmann, 13. Bearb. § 10 II b S. 413.
2) Ausführlich Doster S. 93 mit Literaturangaben.
3) Siehe oben S. 120.
4) Breit S. 146; Düringer-Hachenburg, Einl. v. § 373, 101; Goldmann-Lilienthal I S. 481; Kohler II 1 S. 107; RGRK zum BGB § 446, 4; § 459, 10; Staudinger § 447, 40; § 459, 38.

Die in dieser Arbeit gefundenen Ergebnisse können deshalb auch als eine Übertragung der Regeln des Gefahrübergangs beim Gattungskauf auf den Stückkauf angesehen werden. Da der Gattungskauf im Rechtsleben von ungleich größerer Bedeutung als der Stückkauf ist, wird somit der praktisch weniger wichtige Fall mit dem bedeutenderen in Übereinstimmung gebracht.

Zusammenfassung

Die Gefahr des zufälligen Untergangs geht gem. § 446 BGB nur dann mit der Besitzübertragung auf den Käufer über, wenn der Verkäufer seiner Rechtsverschaffungspflicht genügt, so wie sie im konkreten Fall besteht.

Nach dem zufälligen Untergang der verkauften und übergebenen Sache hat der Käufer neben dem Leistungsverweigerungsrecht gem. § 320 BGB und dem Rücktrittsrecht gem. §§ 325 Abs. 1 Satz 2, 327 BGB den uneingeschränkten Schadensersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse nach § 440 Abs. 2 BGB. Dieser Anspruch umfaßt auch den durch den zufälligen Untergang verursachten Schaden, weil die Gefahrtragung beim Verkäufer verblieben ist.

Bei diesen Ansprüchen handelt es sich um die dem Käufer nach §§ 440 Abs. 1, 320 - 327 BGB zustehenden Rechte. Das mangelnde Interesse an der Teilleistung gem. § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB kann der Käufer so lange geltend machen, als durch den zufälligen Untergang der Sache ein noch vorhandener Sachwert zerstört wurde.

Der Ausgleich dafür, daß der Käufer die Sache vor ihrem Untergang genutzt hat, erfolgt bei allen dem Käufer zustehenden An-

sprüchen durch eine an den Verkäufer zu zahlende Nutzungsvergütung. Dadurch wird ein billiger Interessenausgleich zwischen Verkäufer und Käufer auch dann gewährleistet, wenn der Eigentümer keine Ansprüche geltend macht.

Der Eigentümer kann durch die nachträgliche Genehmigung der Verfügung des Verkäufers den Gefahrübergang auf den Käufer herbeiführen. Er kann dann als Ausgleich für die untergegangene Sache den Kaufpreis entweder vom Verkäufer oder, wenn er bereits wieder zurückbezahlt war, vom Käufer herausverlangen.

Die angestellten Untersuchungen zeigen, daß sich eine durch die Gewährleistung für Rechtsmängel "eingeschränkte Besitzverschaffungstheorie" den übrigen Bestimmungen des BGB, welche die Gewährleistung für Rechtsmängel und den Gefahrübergang betreffen, besser einfügt, als dies bei der uneingeschränkten Besitzverschaffungstheorie der Fall ist.

Lebenslauf

Am 21. November 1930 wurde ich in Ludwigsburg geboren als Sohn des Postinspektors Georg Vogt und seiner Ehefrau Emma geb. Schmid. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. An einer Oberschule in Stuttgart bestand ich am 13. 6. 1950 die Reifeprüfung. Anschließend absolvierte ich eine kaufmännische Lehre.

Mein Studium begann ich im Sommersemester 1953 an der wirtschaftswissenschaftlichen Abteilung der Universität Tübingen. Im folgenden Semester setzte ich es mit dem Studium der Rechtswissenschaft fort. Zunächst war ich ein Semester an der Universität Heidelberg und danach 6 Semester an der Universität Tübingen. Am 4. 7. 1957 legte ich in Tübingen die erste juristische Staatsprüfung ab.

Nachdem ich den Vorbereitungsdienst als Gerichtsreferendar abgeleistet hatte, bestand ich am 26. 6. 1961 die zweite juristische Staatsprüfung. Nach einer halbjährigen Tätigkeit als Rechtsanwalt trat ich im Februar 1962 als Assessor in den Justizdienst des Landes Baden-Württemberg ein. Seit September 1965 bin ich Amtsgerichtsrat in Ulm/Donau.